

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La privatisation du respect de la Convention

Van Der Plancke, Véronique; Van Leuven, Nathalie

Published in:

Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Der Plancke, V & Van Leuven, N 2008, La privatisation du respect de la Convention: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? . Dans *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*. Bruylant, Bruxelles, p. 191-279.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PRIVATISATION DU RESPECT
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME :
FAUT-IL RECONNAÎTRE
UN EFFET HORIZONTAL GÉNÉRALISÉ?

PAR

VÉRONIQUE VAN DER PLANCKE

CHERCHEUSE ATTACHÉE AU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT
DE L'U.C.L ET CHERCHEUSE AU CENTRE DROITS FONDAMENTAUX
& LIEN SOCIAL (F.U.N.D.P.)

ET

NATHALIE VAN LEUVEN

ASSISTANTE À LA K.U.LEUVEN, CAMPUS DE COURTRAI,
ET MEMBRE DE L'INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME
DE LA K.U.LEUVEN

*«Taking rights seriously means taking duties
seriously»¹²*

Par le processus croissant d'«horizontalisation», la Convention européenne des droits de l'Homme ne consacre plus uniquement des *droits subjectifs*³ que les individus peuvent faire valoir à l'égard des

¹ Professeur H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2nd ed., 1996, p. 167, cité dans A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford Hart, 2004.

² Les auteurs remercient très vivement les Professeurs Olivier De Schutter et Paul Lemmens pour leurs remarques éclairantes formulées sur une version antérieure de cette étude. Les auteurs précisent également que l'étude a été clôturée pour l'essentiel le 30 avril 2006. Seules quelques sporadiques mises à jour ont été opérées par la suite.

³ On parle traditionnellement de «droits subjectifs» qu'un individu peut opposer à l'Etat. Il faut toutefois nuancer cette qualification. Même dans les conflits entre un individu et l'Etat, les droits de l'Homme ne jouent pas exactement le rôle de «droit subjectif» certain et absolu, mais s'appliquent plutôt à la relation en tant que «principes»: en effet, dans les conflits de droits de l'Homme s'exerce toujours un pouvoir discrétionnaire de l'Etat et une pondération d'intérêts par le juge.

Etats; elle recèle également des *obligations* que les personnes privées seraient tenues de respecter dans le cadre des relations qu'elles nouent avec leurs semblables. L'effet horizontal consiste en effet à étendre l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports entre particuliers⁴. «Privatisés», les droits fondamentaux deviennent plus pleinement un ordre axiologique, un système objectif de valeurs, doté d'une fonction sociale⁵: ils se distillent dans les relations interindividuelles pour en orienter l'issue. Cette dimension «horizontale» des droits de l'Homme, en imposant des obligations nouvelles sur les personnes privées, renforcerait l'effectivité des droits de chacun, puisqu'elle ajoute au débiteur étatique de la protection un nombre indéterminé de débiteurs privés⁶. La prudence est néanmoins de mise. Dans une perspective quelque peu «malthusienne» de la disponibilité des droits, il faut en effet constater que trop charger l'individu du respect des droits d'autrui reviendra souvent à le priver de ses propres droits fondamentaux; ainsi, toute l'habileté résidera dans la propension à défricher l'équilibre précaire des intérêts en présence. Il y a là un des nœuds de la problématique.

On assiste aujourd'hui à une redélimitation des sphères publique et privée à la source de la «verticalisation originelle». Au départ, faut-il le rappeler, les droits de l'Homme étaient exclusivement conçus au bénéfice de l'individu dans sa relation avec l'Etat (soit la «sphère publique traditionnelle») pour compenser le déséquilibre de pouvoir qui les séparait. On partait en revanche de la fiction selon laquelle dans les interactions privées de marché régnait l'égalité des parties puisqu'on postulait, parmi les personnes, une égale capacité d'autonomie et d'autodétermination. A l'instar des actions menées dans la sphère domestique, les relations horizontales de marché échappaient à l'emprise des droits fondamentaux. Mais il faut admettre que dans l'idéal de cette société individualiste et concurrentielle, chacun tente sa chance à partir de libertés formel-

⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, PUF, Paris, 2003, pp. 234 et s.

⁵ J.J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2000, p. 15. S. Van Drooghenbroeck déclare que les droits de l'homme sont devenus «une norme de comportement des acteurs privés». Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme» dans H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 356.

⁶ Voy. Cour eur. D.H., X. et Y. c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, §23. L'arrêt mentionne indirectement que la privatisation des droits fondamentaux permet de garantir leur respect effectif.

lement égales, sans que les conditions matérielles dans lesquelles elles sont exercées ne retiennent l'attention⁷. Or, à l'évidence, dans le contrat (de bail, de travail, d'assurance,...), le jeu des libertés ne permet pas l'avènement des libertés concrètes. La dépendance (économique et juridique) du travailleur envers l'employeur, par exemple, marque la situation inégale du premier. Le mythe de l'égale liberté des individus étant rompu, le «régime d'exception» du contrat privé en comparaison avec la relation publique de l'individu à l'Etat devait donc être interrogé. Dès le 19^{ème} siècle, l'intervention progressive de l'Etat dans le marché (avènement de l'«Etat social»), pour protéger les parties faibles, a en outre démontré que fixer des limites entre «sphères publique et privée» était un acte définitivement normatif⁸.

A partir des années '70, les acteurs privés ont gagné un pouvoir croissant à travers la privatisation et la globalisation de nombreux services⁹. Ce phénomène nouveau conduit à une double observation. Premièrement, le facteur supranational indique que la dichotomie «individu-Etat» n'est plus suffisante pour expliquer les relations complexes de protection des particuliers contre les violations des droits fondamentaux. Deuxièmement, les mouvements de privatisation économique (ou au contraire de collectivisation et de nationalisation¹⁰) ont eu naturellement, de leur côté, une incidence sur la ligne de démarcation étatique entre ce qui relève du domaine privé ou public¹¹ sans qu'existe aucune harmonisation au sein des Etats du Conseil de l'Europe à ce sujet. Plutôt qu'ontologiques et immuables, les frontières entre les sphères étaient donc susceptibles de variations successives.

Apparaissent inévitablement des tensions entre la propriété privée d'un bien et la nature publique de son usage : ainsi, un hôpital

⁷ J.J. ABRANTES, *op. cit.*, p. 24.

⁸ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1993, p. 137.

⁹ A. DZEMCZEWSKI, «La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers», *Cah. Dr. Eur.* 1980, p. 5; H.W. HAGEMAN et H.J. DE HEER, *Privatisering. Een multidisciplinaire verkenning*, Laren, Cambium Bv, 1988, p. 17; S. NUGRAHA, *Privatisation of state enterprises in the 20th century: a step forwards or backwards? A comparative analysis of privatisation schemes in selected welfare states*, Thèse Rijksuniversiteit Groningen, 2003, 247 p.

¹⁰ Selon A. Clapham, dans le début des années '90, il n'était toutefois pas clair que la violation d'un droit fondamental par une industrie nationalisée ou une compagnie radio impliquaient directement la responsabilité de l'Etat. Voy. A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 183.

¹¹ N. JAMIESON, «A Legal Logic for Public and Private Rights», *Otago Law Review*, 2003, vol. 10, n° 3, pp. 371 et s.

ou un établissement scolaire, même s'ils devaient désormais fonctionner de «manière privée», pourraient, en réalité, encore être classifiés dans le domaine «public» au regard de la mission qui leur est attribuée. Probablement faut-il en conclure que les conceptions usitées d'entité publique, de propriété privée,... classiquement à l'appui d'une distinction entre les sphères, ne sont actuellement guère plus éclairantes dans la quête de la définition d'un cadre permettant d'identifier les débiteurs de la protection des droits fondamentaux. A. Clapham précisera que l'objectif des droits de l'Homme étant de garantir la démocratie comme la dignité, c'est à l'aune de ces derniers qu'il faudrait dorénavant réfléchir¹². Ainsi, s'il est dans la nature des droits fondamentaux de protéger l'individu contre ceux qui disposent d'une situation réelle de pouvoir, les débiteurs de cette protection doivent inévitablement s'étendre à d'autres acteurs et entités que l'Etat, et inclure les nouveaux centres de pouvoir fragmenté¹³. Que, par exemple, les groupes de pression, les syndicats... puissent faire peser, de par l'importance de leur pouvoir, une menace sérieuse (équivalente à celle exercée par les Etats) sur les droits de l'Homme, relève d'un truisme. Il en va de même des groupes multinationaux qui exercent une influence sur les autorités nationales et un pouvoir direct sur les individus.

Cette étude substituera ainsi progressivement à la distinction entre axes horizontal et vertical une différenciation subsidiaire, entre relations horizontales («quasi») publiques (celles par lesquelles les personnes privées s'instituent dans la vie publique) et «privées» (celles qui relèvent strictement de la sphère d'intimité, par exemple la famille ou les associations privées); seules les secondes étant très largement soustraites à l'obligation de respecter les droits de l'Homme puisque s'y déploient amplement les valeurs d'autonomie, de vie privée et de liberté.

¹² A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 137. Pour E.A. Alkema, il ne fait aucun doute que chaque personne, au nom de sa dignité humaine, doit être protégée contre toute atteinte aux droits fondamentaux consacrés dans la Convention, quel que soit l'auteur de la violation : «These rights (...) were derived from man's 'inherent' dignity and founded in the law of nature rather than in one single belief or religion. The rights (...) are therefore less closely connected with the polarity of the citizen versus the State than the fundamental rights laid down in national constitutions». Voy. E.A. ALKEMA, «The third-party applicability or 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights», dans F. MATSCHER, H. PETZOLD, G. J. WIARDA, *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Carl Heymans Verlag, Cologne, 1988, p. 35.

¹³ A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 137.

Nous verrons comme la privatisation du respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.) demeure un sujet étendu et complexe tant sur le plan théorique que pratique¹⁴; en effet, on ne peut «exporter», sans aménagement, les obligations étatiques vers l'individu. Nous commencerons par dresser le cadre d'analyse de la problématique à travers quelques «métaphores géométriques» (I.). Si les juridictions nationales confèrent un *effet horizontal*, tantôt direct, tantôt indirect, aux droits fondamentaux (I., A), nous qualifierons de *diagonal* l'effet entre particuliers que la Cour européenne des droits de l'Homme entend indirectement donner à la Convention¹⁵ (I., C); les échelons nationaux et européen exerçant une influence mutuelle sur la privatisation des droits par le biais d'un *effet circulaire* (I., B).

La seconde partie sera consacrée aux contours de l'effet diagonal de la Convention tracés par la Cour européenne des droits de l'Homme (II.). Il conviendra de mesurer les obligations qu'elle impose aux Etats dans la prévention, la protection et la réparation des violations interindividuelles. La Cour de Strasbourg manque toutefois à fournir un modèle satisfaisant de ce que devraient être les pratiques nationales en la matière. En 2001, elle déclara, sans détour, dans l'arrêt *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* «qu'il n'est pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées»¹⁶. La nature des relations entre ces dernières pouvant être largement divergente, la privatisation des droits fondamentaux est un phénomène multiforme au sujet duquel des conclusions générales seraient véritablement impossibles¹⁷. Un exposé de la jurisprudence européenne récente de la Cour (II., A) permettra de confirmer que ce sont des considérations largement pragmatiques et contextualisées, plutôt que des classifications rigides, qui sous-tendent l'atti-

¹⁴ Nous n'analyserons pas spécifiquement dans cette étude la question de la «privatisation» des Constitutions nationales, ni des Conventions et Pactes adoptés au sein des Nations-Unies, bien que pourront y être transposés la plupart des raisonnements développés ici.

¹⁵ Bien que la Cour européenne des droits de l'Homme ne puisse se prononcer que sur les relations entre personnes privées et Etats, elle tient naturellement compte des conséquences de ses arrêts et décisions pour les rapports interpersonnels futurs.

¹⁶ Cour eur. D.H., *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2001, *Rec.* 2001-VI, §46.

¹⁷ En ce sens, voy. E.A. ALKEMA, *op. cit.*, p. 36.

tude de la Cour au fil de ses nombreux arrêts; cette jurisprudence familiarisera chacun avec les dilemmes auxquels elle est confrontée. Ce constat préliminaire ne fera néanmoins pas obstacle à la tentative de dégager quelques éléments théoriques – quelques régularités – au fondement du contrôle européen des atteintes aux droits fondamentaux par les entités privées (II., B). A l'aune de cette jurisprudence, nous analyserons si tous les droits fondamentaux sont concernés par la privatisation (II., B, 1.); comment l'intensité de cette dernière varie selon la fonction ou la nature des auteurs privés et selon le contexte d'exercice des droits (II., B, 2.); et si la trilogie des obligations étatiques de *respecter*, de *protéger* et de *promouvoir* est transposée aux entités privées (II., B, 3.). A l'issue d'une brève synthèse du point II., 2, nous exposerons ensuite de quelle manière l'Etat pourra ou devra exécuter son obligation de protéger les individus des violations réciproques (II., C).

A la façon d'une courbe de Gauss, la troisième partie reviendra sur les dimensions de l'effet horizontal à l'échelle nationale. Pour guider prospectivement le juge national dans sa tâche, nous identifierons schématiquement trois niveaux d'intensité d'obligation, dans le chef des particuliers, de respecter la Convention (III., A). Ces «niveaux» sont «idéaltypiques»: loin de recouvrir la diversité des hypothèses du monde réel, ils constituent une reconstruction théorique destinée à mettre en évidence les caractéristiques les plus significatives de ceux-ci. Le modèle élaboré n'a pas pour vocation de solutionner, avec autorité, tous les litiges entre particuliers, mais de fournir des lignes de raisonnement intelligibles. Nous clarifierons ensuite la méthode du test de proportionnalité auquel s'essayera le juge national pour trouver l'issue aux conflits de droits fondamentaux opposés (III., B). Après avoir dessiné le cadre d'application du test de «proportionnalité privatisée» (III., B, 1), nous émettrons quelques considérations succinctes au sujet de la renonciation (III., B, 2). Plutôt qu'un «effet horizontal» généralisé, c'est donc une théorie limitative à la privatisation des droits fondamentaux que nous proposerons ici.

I. – Cadre d'analyse de la privatisation des droits fondamentaux à travers quelques «métaphores géométriques»

A. – L'EFFET HORIZONTAL DIRECT ET INDIRECT DE LA CONVENTION À L'ÉCHELLE NATIONALE¹⁸

D'une certaine manière, l'«horizontalisation» des droits de l'Homme a de tout temps existé à travers les *droits pénaux nationaux*, destinés à contraindre les individus à respecter des droits aussi fondamentaux que le droit à la vie et à l'intégrité physique d'autrui, ou à leur interdire de s'adonner à des pratiques de torture ou d'exploitation sexuelle,... S. Van Drooghenbroeck observe toutefois avec justesse que «l'évolution législative actuelle réalise (...), par rapport à cette «horizontalisation» pénale classique des droits de l'Homme, d'importants dépassements», d'ordre tant quantitatif que qualitatif¹⁹. Le droit fondamental n'était auparavant qu'une valeur qui inspirait le législateur pour édicter une norme prohibitive limitant, avec précision, les actions autorisées des individus; aujourd'hui, la norme internationale elle-même constitue bien souvent la seule substance de la loi nationale, opérant une sorte de transfert du «contentieux vertical classique» vers les rapports entre particuliers, exigeant de ces derniers ce qu'on revendiquait jusqu'alors de l'Etat exclusivement²⁰. Ainsi, par exemple, la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination²¹ impose aux individus (sous la contrainte civile et pénale²²), en application de raisonnements juridiques similaires à ceux appliqués aux Etats, le respect du principe d'égalité dans l'accès et la participation à toute activité économique, sociale, culturelle et politique, dont la fourniture des biens et services et les rapports d'emploi²³.

¹⁸ Nous utiliserons le terme d'*effet horizontal direct et indirect* uniquement à l'échelon national, pour préférer celui d'*effet diagonal* à l'échelle européenne. Sans vouloir investir plus avant les questions terminologiques, cette distinction participe selon nous à la clarté de l'ensemble. Pour plus de précisions, voy. infra n° 10 et plus spécialement la note n° 85.

¹⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *op. cit.*, p. 358.

²⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *op. cit.*, p. 358.

²¹ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Mon. b.*, 17 mars 2003.

²² Suite à l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 6 octobre 2004 (n° 157/2004, 6 octobre 2004, *Mon. b.*, 18 octobre 2004), seules les incitations à la discrimination directe sont encore pénalisées.

²³ L'exigence d'égalité de traitement, vague car potentiellement infinie, est incontestablement un des grands chantiers de l'horizontalisation.

Parallèlement aux évolutions législatives, les juges font, à leur tour, régulièrement respecter les droits de l'Homme dans les rapports entre particuliers pour contrer l'absence de normes spécifiques dans le domaine concerné. A l'échelle nationale de l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, les droits fondamentaux, qu'ils soient inscrits dans les constitutions nationales et/ou dans la C.E.D.H., produisent aujourd'hui de larges effets horizontaux dans ce qui relève du droit privé²⁴. Ces effets, empiriquement avérés, entraînent une considération accrue pour les valeurs humaines non économiques. A. Colombi Ciacchi recense des convergences significatives entre jurisprudences des pays membres quant aux domaines traversés horizontalement par les droits de l'Homme : partout émergent, au creux des relations interindividuelles, des conflits judiciaires entre libertés d'expression, d'information et droits de la vie privée; entre droit de propriété, vie privée, droits à la santé et à l'environnement. Les conflits au sein de la relation de travail d'us, par exemple, à la nécessaire protection de la liberté de religion dans l'emploi ou à la liberté de choix de domicile sont fréquents également²⁵.

Cet effet horizontal «jurisprudentiel» est à géométrie variable. Depuis les années 1950, on recense plus de vingt modèles d'horizontalité démontrant un large spectre de nuances entre deux extrêmes, «une horizontalité directe forte» et «une horizontalité indirecte faible»²⁶; l'opportunité ou la pertinence de la distinction entre l'effet direct et indirect demeurant la question la plus controversée^{27 28}. On dira de la C.E.D.H. qu'elle a un *effet horizontal*

²⁴ A. COLOMBI CIACCHI, «Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice», in K. ZIEGLER, *Human Rights and Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 53-64.

²⁵ A. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.* Une analyse comparative de l'effet horizontal des droits fondamentaux (consacrés dans les constitutions nationales et/ou la CEDH) au sein de huit Etats Membres de l'UE est en préparation par le «EC funded Research Training Network «Fundamental Rights and Private Law in the European Union» (<http://www.fundamentalrights.uni-bremen.de>), coordonné par G. BRÜGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI et G. COMANDÉ.

²⁶ A. YOUNG, «Horizontalité and the Human Rights Act 1998», dans K. ZIEGLER, *Human Rights and Private Law: Privacy*, Hart Publishing, Oxford, 2007; A. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*; J. BOESJES, «De horizontale werking van grondrechten», *N.J.B.*, 1973, pp. 905-909.

²⁷ A. DRZEMCZEWSKI, «La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers», *Cah. Dr. Eur.*, 1980, p. 4.

²⁸ Pour un point de vue en Belgique, voy. E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht», *T.B.P.*, 1995, p. 627.

direct (*unmittelbare Drittwirkung*^{29 30}) en droit interne lorsqu'un organe juridictionnel national peut déduire de la Convention des effets juridiques qui s'appliquent directement à un rapport juridique de droit privé³¹; les particuliers doivent par conséquent respecter ces droits fondamentaux, en tout état de cause, sans qu'il ne faille d'intermédiation législative³². Dans les Etats qui ne reconnaissent qu'un *effet horizontal indirect* (*mittelbare Drittwirkung*³³) à la Convention, la revendication de son respect entre particuliers doit être fondée sur une règle de droit privé elle-même appliquée et interprétée par le juge à la lumière des droits fondamentaux; dans cette hypothèse, les droits fondamentaux influencent, sans directement gouverner ou contrôler, les litiges privés³⁴. Certains auteurs

²⁹ «Drittwirkung» signifie «third-party effect», le tiers étant la partie qui se situe en dehors de la relation verticale classique entre l'individu et l'Etat.

³⁰ Ce sont les Allemands Leisner et Nipperdey (spécialistes en droit du travail) qui sont les fondateurs de la doctrine de l'*«unmittelbare Drittwirkung»*. Voy. H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, pp. 53 et s.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin, Ch Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, 414 p.

³¹ Voy. notamment A. BARAK, «Constitutional human rights and private law» dans D. FRIEDMANN et D. BARAK-EREZ (dir.), *Human rights in private law*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, p. 14; H. PAULIAT et V. SAINT-JAMES, «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme» dans J.P. MARGUENAUD (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit privé*, Paris, La documentation française, 2001, p. 86. Les tenants de la thèse de l'effet direct défendent communément qu'elle ne concerne pas tous les droits fondamentaux mais seulement certains d'entre eux. Voy. J.J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2000, p. 76. Voy. également D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 18-19. L'auteur précise que l'effet horizontal direct «ne peut, a priori, advenir que dans des systèmes juridiques monistes qui attribuent une applicabilité directe aux normes suffisamment précises et complètes de la Convention européenne des droits de l'Homme. Toutefois, dans l'Etat au système dualiste, cette question de l'horizontalité directe peut émerger également dans la mesure où sa responsabilité internationale pourrait être engagée du fait que ses juridictions nationales n'auraient pas consacré, en l'espèce, l'effet direct de la Convention entre personnes privées.

³² Il est évident qu'un «effet horizontal pur» n'existe pas. Pour qu'il ne soit pas qu'idéal et théorique, mais bien réel et effectif, il réclame l'intervention d'un juge (organe de l'Etat et détenteur de la contrainte légitime sur les particuliers) qui réintroduit de la verticalité. Voy. dans le même sens, H. PAULIAT et V. SAINT-JAMES, «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 78. Les auteurs déclarent que cette réapparition inéluctable de l'Etat fait dire que l'on se retrouve à nouveau devant un effet horizontal contenant une dimension médiate, pour conclure que la distinction entre effet horizontal direct et indirect est peut-être «byzantine».

³³ G. DÜRIG, dans T. MAUNZ et G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz*, Article 1, n° 127 et s.

³⁴ A. BARAK, «Constitutional Human Rights and Private Law», *op. cit.*, p. 21; E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», dans K. RIMANQUE (dir.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 49; J.M. SMITS, «Constitutionalisering van het vermogensrecht. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking», dans J.M. SMITS, P.H.M. GERVER et D.A. LUBACH, *landse Vereniging voor Rechtsvergelijking. Publiciteit met betrekking tot onroerende zaken, in het Constitutionalisering van het vermogensrecht. Publiciteit met betrekking tot onroerende zaken, in het Constitutionalisering van het vermogensrecht. Publiciteit met betrekking tot onroerende zaken, in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 49; S. GARDBAUM, «The «horizontal effect» of constitutional rights», *Michigan Law Review*, 2003, vol. 102, pp. 401 et s.

précisent que les normes fondamentales ne lient, dans ce dernier cas, que les pouvoirs publics et exigent de ceux-ci de protéger, dans des hypothèses particulières, les uns des atteintes commises à leurs droits fondamentaux par d'autres acteurs privés³⁵. Si son caractère immédiat et auto-référentiel présente un avantage «d'efficacité» en comparaison avec l'«horizontalité indirecte», il sera en revanche reproché à l'«horizontalité directe» de porter atteinte à la sécurité juridique : en effet, les normes qui énoncent les droits fondamentaux sont souvent formulées de manière trop vague pour guider les individus dans leurs conduites³⁶. Plus fondamentalement encore, les détracteurs de cette dernière théorie jugent que «la sphère d'autonomie personnelle» des individus serait totalement envahie si l'Etat devait vérifier l'accomplissement de ces droits entre tous les particuliers; l'effet horizontal direct ferait peser des obligations interindividuelles excessives³⁷.

En Belgique, bien que la doctrine à ce sujet soit peu abondante, la plupart des auteurs plaident pour une *horizontalisation indirecte* des droits fondamentaux³⁸. Cette option semble satis-

³⁵ Ainsi, A. Colombi Ciacchi déclare que le caractère direct ou indirect de l'effet horizontal soulève deux questions séparées. Elle distingue ainsi l'applicabilité du droit fondamental (un remède de droit privé peut-il directement émerger d'un droit fondamental, ou seulement indirectement ?) de la force liante (une partie est-elle directement liée par les droits fondamentaux d'une autre partie, ou seulement indirectement ?). Voy. A. COLOMBI CIACCHI, «Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice», *op. cit.* Voy. également L. VICKERS, «Unfair dismissal and Human Rights», *Industrial Law Journal*, vol. n° 33, mars 2004, p. 57.

³⁶ Sur les avantages et les inconvénients de l'un ou l'autre dispositif, voy. N. VAN LEUVEN, «Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde», dans J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (dir.), *De doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtsakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006.

³⁷ Pour un résumé de ces critiques, voy. J.J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2000, pp. 76-80, p. 100. L'auteur estime toutefois que la distinction est probablement dogmatique dès lors que tout conflit de droits entre individus sera soumis au principe de proportionnalité, quel que soit l'effet – direct ou indirect – accordé aux droits fondamentaux. L'auteur poursuit en déclarant que l'application directe ne signifie pas l'application automatique, mais débouchera sur un nombre incalculable de solutions différenciées.

³⁸ K. RIMANQUE, «Nationale bescherming van grondrechten», *T.B.P.*, 1981, p. 41; K. RIMANQUE et P. PRETERS, «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemeen probleemstelling» dans K. RIMANQUE (dir.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen de private personen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 19; E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», *op. cit.*, p. 49; W. VAN GERVEN, «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux», *J.T.*, 1992, p. 308; A. VAN OEVELEN, «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is», dans K. DE FREYTER, M.C. FOLETS et B. HUBEAU (dir.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, p. 396; Voy. aussi M.C. FOLETS, «Migranten, nu ook contractanten», dans M.C. FOLETS, B. HUBEAU, et S. PARMENTIER (dir.), *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, p. 213.

faisante. En effet, de nombreux cas d'espèce où la question de l'horizontalisation est soulevée devant les juridictions, sont situés dans les domaines juridiques de la *responsabilité extracontractuelle* et de l'*exécution du contrat*. Or, en matière de *responsabilité extracontractuelle*, l'article 1382 du Code civil se laisse aisément interpréter à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme : les innombrables conflits de presse résolus de cette manière le prouvent³⁹. L'harmonisation entre les catégories de droit privé et l'application de la C.E.D.H. est également parfaitement possible pour mettre un terme aux conflits émergeant lors de l'*exécution du contrat*, dès lors que la théorie de l'abus de droit est basée sur le principe de proportionnalité et en constitue une variante privatisée⁴⁰. L'Allemagne⁴¹, comme le Royaume-Uni⁴², se prononce à l'évidence en faveur d'un effet horizontal indirect. La France⁴³ et les Pays-Bas⁴⁴ sont en revanche plus hésitants.

En comparaison avec la jurisprudence de ces derniers Etats, il faut toutefois constater la prudence des juges belges et surtout de la Cour de Cassation : celle-ci remet rarement en question les solutions classiques du droit privé en faveur d'une application horizon-

³⁹ Trib. Bruxelles, 21 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 24; Trib. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710 et *A.M.*, 1998, p. 264.

⁴⁰ W. VAN GERVEN, «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux», *op. cit.*, pp. 305-309. Nous reviendrons ultérieurement sur la question de la «proportionnalité privatisée».

⁴¹ K.M. LEWAN, «The significance of constitutional rights for private law : theory and practice in West-Germany», *I.C.L.Q.*, 1968, p. 599.

⁴² M. HUNT, «The 'Horizontal effect' of the Human Rights Act», *P.L.*, 1998, p. 442; R. CLAYTON Q.C., «The limits of what's 'Possible' : Statutory Construction under the Human Rights Act», *E.H.R.L.R.*, 2002, p. 565.

⁴³ A. DEBBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 414 et s., et pp. 428 et s.; J. RICHARD DE LA TOUR, «Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail», *R.J.S.*, 2/99, p. 96; C. JAMIN, note sous Cass. fr., 6 mars 1996, *J.C.P.*, 1996.I.3958, n°1; J.P. MARGUENAUD, note sous Cass. fr., 6 mars 1996, *R.T.D. civ.*, 1996, p. 1024.

⁴⁴ Voy. notamment L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, p. 145; J. BOESJES, «De horizontale werking van grondrechten», *N.J.B.*, 1973, p. 915; E.A. ALKEMA, «De reikwijdte van fundamentele rechten», dans E.A. ALKEMA, H.A. GROEN, P.J. WATTEL et J. NAEYE (dir.), *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, p. 28. La doctrine néerlandaise plus récente privilégie toutefois l'horizontalité indirecte : A.S. HARTKAMP, «On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights», *E.R.P.L.*, 2000, p. 111; C. MAK, «Concurrentiebeding, onrechtmatige concurrentie en vrijheid van arbeidskeuze. Over doorwerking van grondrechten in het verbintenissenrecht», *Ars Aequi*, 2003, pp. 428-436; J.M. SMITS, «Constitutionalisering van het vermogensrecht. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking», *op. cit.*, p. 49.

tale des droits de l'homme⁴⁵. Cette réticence a pour conséquence que les juridictions inférieures ignorent comment appliquer la Convention européenne des droits de l'Homme aux conflits interindividuels : certains juges appliqueront la Convention de manière directe⁴⁶, d'autres de manière indirecte⁴⁷, tandis que d'autres encore prétendront que les droits fondamentaux ne sont pas applicables dans les relations entre personnes privées⁴⁸. Il appartient dès lors à la doctrine nationale d'élaborer une «vision étayée» du rôle que devraient jouer les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles⁴⁹.

Un exposé de quelques décisions judiciaires montre que nombreuses dispositions de la C.E.D.H. ont été invoquées par les juridictions

⁴⁵Seuls quelques arrêts sporadiques de cette Cour admettent, sans l'affirmer clairement, un effet horizontal : Cass., 6 avril 1960, *Arr. Cass.*, 1960, p. 722, *R.C.J.B.*, 1960, p. 257, obs. J. DABIN (art. 16 Const.); Cass., 27 avril 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, p. 972, *R.W.*, 1981-82, p. 1982, *J.T.T.*, 1981, p. 357 (art. 27 Const.). Voy. aussi Cass., 9 janvier 2001, *www.cass.be*, *Juristenkrant* 2001, n° 25, p. 5 (recension S. LUST) (art. 8 C.E.D.H., art. 17 C.E.D.H.); Cass., 27 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 371, *Pas.*, 2001, p. 368, *Computerr.*, 2001, p. 202, obs. J. DUMORTIER, *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 251, obs. P. MONVILLE (art. 8 C.E.D.H.); Cass., 9 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 342, obs. E. BREWAYS, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1174, obs. S. BERNEMAN, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 1260 (art. 8 C.E.D.H.); Cass., 2 mars 2005, *C. splr Le Chocolatier Manon*, *Computerr.*, 2005, p. 258, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, *Rev. dr. Pén.*, 2005, p. 668, concl. D. VANDERMEERSCH et C. DE VALKENNEER (art. 8 C.E.D.H.). Les derniers exemples concernent la validité de procédures pénales pour lesquelles la Cour de cassation juge si la preuve obtenue entre personnes privées est conforme au droit à la vie privée : l'effet horizontal de l'article 8 de la C.E.D.H. est ainsi incidemment affirmé. Enfin, tout en admettant, implicitement à nouveau, l'effet horizontal de la Convention, la Cour de cassation jugea que l'article 8 de la C.E.D.H. n'interdisait pas que des lettres régulièrement entrées en possession d'un des époux soient utilisées dans le cadre d'une procédure en divorce (Cass., 27 janvier 2000, *J.L.M.B.*, p. 1195). Dans cette affaire toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme a récemment jugé que le grief des requérants basé sur des questions de prévisibilité et de proportionnalité de la limitation de leurs droits nécessitaient un examen de fond. Cour eur. D.H., req. n° 65097/01, décision *N.N. et T.A. c. Belgique* du 9 février 2006. Voy. enfin S. VAN DROOGHENBROEK, obs. sous Cass., 20 octobre 1994, dans O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROEK, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, pp. 210-212.

⁴⁶Trib. Trav. Bruges, 13 décembre 1993, *Soc. Kron.*, 1994, afl. 2, p. 79, obs. P. HUMBLET (art. 2, Prot. n° 4 C.E.D.H.), *Z.W.*, 1994, p. 153; Juge de paix Roulers, 24 juin 1998, *T. Vred.*, 1998, p. 319 (art. 8 C.E.D.H.).

⁴⁷Bruxelles, 25 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 275 (art. 9 C.E.D.H.); Bruxelles, 4 octobre 1993, *Journ. Proc.*, 1993, afl. 247, p. 25, obs. I. MATRAY, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 605, obs. L. GOFFIN, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1268; Trib. Bruxelles, 23 novembre 1967, *J.T.*, 1967, p. 741 (art. 6 C.E.D.H.).

⁴⁸Cour Trav. Gand, 9 mai 1979, *R.W.*, 1979-80, p. 1460 (art. 8 C.E.D.H.); Trib. Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 23 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 114 (art. 9 C.E.D.H. et art. 2 du Premier protocole additionnel); Prés. Trib. Commerce Ypres, 21 décembre 1990, *T.B.H.* 1991, p. 351, obs. A. DE CALUWE, *Jb. Handelspraktijken* 1990, p. 537 (art. 10 C.E.D.H.); Cour Trav. Anvers, 17 novembre 1997, *R.W.* 1998-99, p. 1078, *Soc. Kron.* 1999, p. 430 (art. 10 et 11 Const.).

⁴⁹Dans le même sens, et pour d'autres illustrations jurisprudentielles, voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROEK, «Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux», dans B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats publics-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 116-117.

belges pour résoudre des conflits entre individus, sans qu'on puisse toutefois identifier une cohérence qui traverserait l'ensemble. On ne peut pas conclure que les droits formant le «hard-core» de la Convention seraient, de par leur importance, plus souvent soumis à une horizontalisation par le juge que les autres droits⁵⁰. Au contraire, dès lors que leur violation est moins soumise à légifération, l'effet horizontal des droits «dits dérogeables» de la Convention est généralement plus significatif⁵¹.

Un pilote de formule 1 tenta toutefois l'invocation de l'article 2 de la C.E.D.H. dans une relation contractuelle. Le pilote était contractuellement tenu à se couvrir d'un casque d'une marque précisément identifiée. Pour justifier le fait qu'il prétendait porter le casque d'une entreprise concurrente, il prétendit que son droit à la vie était en danger s'il continuait à arborer le casque de la firme initiale. Bien que rejetée par le juge du fait de son invraisemblance⁵², cette argumentation montre qu'il ne serait pas impensable qu'une personne, contractuellement tenue à exécuter un contrat «relatif à une sphère à risque», puisse invoquer avec succès l'article 2 de la Convention pour se soustraire à l'exécution.

L'article 3 de la C.E.D.H. a, pour sa part, exercé un effet horizontal dans divers litiges ayant trait au logement, et notamment dans les conflits de livraison d'électricité ou de gaz⁵³. Bien que les fournisseurs de gaz ou d'électricité puissent renoncer à livrer ces ressources énergétiques à des personnes qui ne

⁵⁰Le «hard core» vise les articles non-dérogeables de la Convention, à savoir l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, ainsi que les articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 (cfr. art. 15 de la CEDH). Voy. R. J. MACDONALD, «Derogation under Article 15 of the European Convention of the European Convention on Human Rights», J. I. CHARNEY, D. K. ANTON et M. E. O'CONNELL (ed.), *Politics, Ethics and Functions : International Law in the 21st Century. Essays in honor of Prof. L. Henkin*, Den Haag, Kluwer, 1997, 242; P. VAN DIJK en G. J. VAN HOOR, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag-Londen-Boston, Kluwer International Law, 1998, pp. 733 et s. Ces normes font globalement partie du *ius cogens*. Voy. D. SEIDERMAN, *Hierarchy in International Law*, Intersentia, Antwerp, 2001, p. 121; P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 536 et s. Notons encore que ces articles sont non susceptibles de restrictions, et qu'à plusieurs reprises, la Cour a qualifié les articles 2, 3 et 4 de «valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe». Voy. Cour eur. D. H., *Siliadin c. France*, arrêt du 26 juillet 2005, §82. Voy. également concernant l'article 2 : Cour eur. D. H., *McCann c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, §147; Cour eur. D. H., *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, arrêt du 22 mars 2001, §72. Et pour l'article 3 : Cour eur. D. H., *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, §88; Cour eur. D. H., *Al Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, §61.

⁵¹La violation de la liberté de culte, d'association,.... font certes parfois l'objet de législation, qui plus est pénale (voyez par exemple, le Chapitre II du Titre II du Code pénal intitulé «Des crimes et délits relatifs au libre exercice des cultes»). Mais la violation des «droits hard core» invite bien plus régulièrement à l'intervention pénale que les autres droits, et donc à l'adoption de loi claire et précise en application du principe de légalité.

⁵²Réf. Bruxelles, 1^{er} mars 2001, *J.T.* 2001, p. 250.

⁵³Liège, 30 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 526; Bruxelles, 25 février 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1132; Trib. Nivelles, réf., 17 décembre 1982, *J.T.*, 1985, p. 529. Voir également J. FIERENS, «L'interruption des fournitures d'énergie de première nécessité et la régence aux droits de l'homme», *R.I.E.J.*, 1986, pp. 65-98.

payent pas leurs factures (en application de l'*exceptio non adimpletu contractus*), les victimes de ces coupures ont opposé à leur fournisseur habituel l'article 3 de la Convention. Tout en reconnaissant que la livraison de gaz ou d'électricité était nécessaire au respect de la dignité humaine, la Cour d'appel de Bruxelles estima pourtant qu'on ne pouvait pas en déduire d'obligation pour les personnes privées à poursuivre «gratuitement» les livraisons au bénéfice des personnes vivant dans la misère⁶⁴. Malgré de nouvelles réglementations en ce domaine⁶⁵, la problématique de l'exécution de ce type de contrat, exigeant le respect tant du principe de bonne foi que de la dignité des destinataires, demeure vivement actuelle^{66 67}.

Alors que l'article 6 de la C.E.D.H. est traditionnellement considéré comme un droit à «caractère purement public»⁶⁸, la jurisprudence belge lui reconnut à plusieurs reprises un rôle horizontal «supplétif». Bien qu'anachronique au vu de l'acceptabilité aujourd'hui de la «répétibilité des honoraires»⁶⁹, le Tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi jugé que les clauses d'un contrat qui obligeaient la partie perdante à payer les frais du procès et les honoraires de l'avocat de l'adversaire étaient contraires à l'article 6 de la Convention et à l'ordre

⁶⁴ Bruxelles, 25 février 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1132.

⁶⁵ Voy. Arrêté du Gouvernement de la Région Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et les procédures d'octroi, de renouvellement, de cession, de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité, *Mon. b.*, 6 novembre 2002; Arrêté du Gouvernement de la Région flamande du 31 janvier 2003 relatif aux obligations sociales de service public dans le marché libéré de l'électricité, *Mon. b.*, 21 mars 2003; Arrêté du Gouvernement de la Région wallonne du 10 avril 2003 relatif aux obligations de service public dans le marché d'électricité, *Mon. b.*, 13 juin 2003 (et notamment l'article 47bis inséré par l'arrêté du Gouvernement wallon du 9 décembre 2004). Voy. également l'Arrêté ministériel du Gouvernement de la Région wallonne du 20 février 2006 prolongeant la période d'interdiction de coupure de la fourniture de gaz (pour cause de conditions climatiques particulières défavorables affichant des températures négatives, ndlr), *Mon. b.*, 28 février 2006.

⁶⁶ W. VANDENHOLE, «Energie-armoede, ook een zaak van mensenrechten (organisations)», *TvMR*, 2005, p. 3; «Recht op stroom in de Grondwet», *De Standaard*, 13 décembre 2005, www.standaard.be, dernièrement consulté le 3 janvier 2006.

⁶⁷ Pour d'autres décisions relatives à la dignité humaine et au logement, voy.: Juge de paix Ixelles, 27 avril 1994, *T. Vred.*, 1997, p. 122 (art. 23 Const.); Juge de paix Ixelles, 6 mars 1995, *T.B.B.R.*, 1996, p. 298, obs. HUBEAU (art. 23 Const.). Et moins récemment: Juge de paix Tubize, 27 octobre 1981, *T. Vred.*, 1982, p. 171 (réformée). Dans cette dernière affaire, le Juge accepta l'horizontalisation de l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant dans le cadre d'une procédure d'éviction de locataires. Une femme, indigente et célibataire, accompagnée de ses deux enfants, avait été expulsée sans raison légitime au début de l'hiver. Le juge saisi jugea que ce comportement formait un abus de droit contraire à l'article 3 de la Convention. Voy. B. HUBEAU, *Overzicht van de sociale huisvesting 1975-1986: een overzicht van rechtspraak tegen de achtergrond van wetgeving en reglementering*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, n° 114.

⁶⁸ A savoir un droit qui, à première vue et selon l'application classique de la Convention, ne joue qu'un rôle dans la relation que la personne privée entretient avec l'Etat (tel les articles 5 ou 6 de la C.E.D.H.).

⁶⁹ La Cour de cassation admit, dans un arrêt du 2 octobre 2004, ce principe en matière contractuelle, ce qui implique la prise en charge des honoraires des parties aux procès par la partie défaillante lorsque ces honoraires constituent un élément du dommage réparable qui a été causé par les manquements contractuels imputés au cocontractant. Les ordres des barreaux francophones et néerlandophones ont toutefois rédigé un projet de réforme du Code judiciaire visant à limiter la répétibilité à une somme forfaitaire. Voy. *La Tribune de l'O.B.F.G.*, n° 18, mars 2005, pp. 10-11; *La Tribune de l'O.B.F.G.*, n° 20, septembre 2005, pp. 14-16.

public⁶⁰. La Cour d'appel de Bruxelles jugea ensuite que l'obligation infligée à une personne de conclure un contrat d'arbitrage, et par conséquent de renoncer à son droit à un procès équitable, violait cette même disposition⁶¹. Plus récemment, l'article 6 de la C.E.D.H. fut appliqué entre les parties à la procédure judiciaire: sur cette base, la Cour d'appel de Bruxelles estima qu'une partie qui avait à tort interjeté appel, devait payer les frais d'avocat de la partie adverse de bonne foi afin de l'indemniser pour le choc financier qu'elle avait supporté⁶². S'adossant également sur l'article 6 de la Convention, le Tribunal de première instance de Gand sanctionna, par l'octroi d'une satisfaction équitable, la partie qui avait ralenti le déroulement de la procédure en référant tardivement à de nouvelles pièces⁶³.

Sur le plan national et à l'instar des autres Etats européens, le droit à la vie privée joue un rôle considérable dans les relations entre personnes privées. Les procédures fondées sur la responsabilité extracontractuelle des journalistes face aux personnes qui sont la cible de leurs articles constituent les exemples les plus significatifs de l'*application horizontale indirecte* des droits en conflit que sont la vie privée face à la liberté d'expression⁶⁴. Par ailleurs, même après l'entrée en vigueur de la loi organisant la profession de détective privé⁶⁵, la protection de la vie privée s'avérait décisive lorsque les tribunaux devaient juger les pratiques de ce dernier. Le Juge de paix de Roulers a par exemple jugé que la tâche d'un détective privé de photographier certaines femmes secrètement, sans que le commanditaire ne donne une raison d'ordre public, de bonnes mœurs ou de contrôle de la fidélité conjugale violait l'article 8 de la Convention: le contrat entre le détective et son client était par conséquent invalide⁶⁶. La jurisprudence des années '70 qui déclarait nuls les contrats de travail contenant des «clauses limitatives de mariage», forme encore un exemple évident de l'horizontalisation du droit à la vie privée et familiale^{67 68}.

⁶⁰ Trib. 1^{ère} Instance Bruxelles, 23 novembre 1967, *J.T.*, 1967, p. 741.

⁶¹ Bruxelles, 4 octobre 1993, *Journ. Proc.*, 1993, afl. 247, p. 25, obs. MATRAY; *Rev. trim. D. H.*, 1994, p. 605, obs. L. GOFFIN, *J.L.M.B.* 1993, p. 1268.

⁶² Bruxelles, 11 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1691.

⁶³ Trib. 1^{ère} Instance Gand, 13 novembre 2003, non publié, *A.R.* nr. 581/95.

⁶⁴ Trib. 1^{ère} Instance Bruxelles, 21 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 24; Trib. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710 et *A.M.*, 1998, p. 264.

⁶⁵ Loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, *Mon. b.*, 2 octobre 1991.

⁶⁶ Juge de Paix Roulers, 24 juin 1998, *T. Vred.*, 1998, p. 319; voir aussi Trib. Bruxelles, 23 novembre 1967, *J.T.*, 1967, p. 741.

⁶⁷ Cour Trav. Bruxelles, 4 mai 1973, *R.W.*, 1973-74, p. 382; Cour Trav. Bruxelles, 24 novembre 1977, *J.T.T.*, 1978, p. 63; voir Cour Trav. Bruxelles, 19 juin 1972, *J.T.T.*, 1975, p. 298; voir aussi Trib. Trav. Bruxelles, 26 novembre 1975, *J.T.*, 1976, p. 329; *contra* Cour Trav. Anvers, 7 mai 1976, *R.W.*, 1976-77, p. 1250, obs. J. DE JONGHE et M. RIGAUX; Cour Trav. Gand, 9 mai 1970, *R.W.*, 1979-80, p. 1458; moins clair: Cass., 25 juin 1979, *R.W.*, 1979-80, p. 84. Ces décisions avaient trait généralement au licenciement de professeurs émanant d'écoles catholiques, du fait de l'incompatibilité de leur situation personnelle ou familiale (ex: mariage d'un professeur avec une) partenaire qui était divorcé(e), ou qui était ex-prêtre...) avec la morale catholique ou les lois de l'Eglise catholique. Les «clauses limitatives de mariage» furent toutefois invalidées par les juridictions saisies.

⁶⁸ On signalera, en France, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1996 (*Mel. Yedei*, *R.T.D. Civ.*, 1996, p. 1024) dans lequel la Cour avait catégoriquement affirmé que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvaient, en vertu de l'article 8-1 de la C.E.D.H., avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches. Sur cette affaire, voy. notamment la chronique de J.-P. MARGUÉNAUD et P. REMY-CORLAY, *R.T.D.Civ.*, pp. 719 et s.

L'effet horizontal du droit à la liberté de religion est également largement intégré à l'échelle nationale. Il s'exerce classiquement dans les conflits qui émergent au sein des entreprises de tendance telles une maison de presse, un établissement scolaire, un syndicat... où la tendance idéologique dominante peut soumettre les journalistes, professeurs recrutés... à certaines limitations dans l'expression de leur croyance. La question délicate qui surgit dans ces litiges demeure toutefois celle de l'ampleur acceptable de ces restrictions⁶⁹. Autre illustration belge de l'application horizontale des droits fondamentaux en matière religieuse est la belle affaire du «mezouza». Le Tribunal de première instance de Bruxelles devait en l'espèce traiter de la question de savoir dans quelle mesure un règlement de copropriété pouvait restreindre le droit à la liberté de religion. Le règlement litigieux stipulait qu'il était interdit de diffuser de la publicité dans le bâtiment; seul le placement d'une plaque de dimension restreinte, mentionnant le nom de l'habitant, était autorisé. Un des résidents avait néanmoins pendu au chambranle de sa porte, conformément aux prescriptions de la religion juive, une petite boîte en métal comprenant un parchemin – un «mezouza» – sur lequel le texte du credo juif était transcrit. Se fondant sur l'application directe horizontale de la liberté de religion telle que garantie dans la Constitution (la C.E.D.H. n'était ici pas mentionnée)⁷⁰, le tribunal saisi jugea que le règlement de co-proprieté ne pouvait empêcher le pendaison du mezouza, petit et discret.

C'est ensuite sur la compatibilité d'un règlement de copropriété avec l'article 10 de la C.E.D.H. que le Juge de paix de Wolvtem dût à son tour se prononcer. Le règlement de l'assemblée générale d'une association de copropriétaires mentionnait l'interdiction générale de placer une antenne parabolique pour des raisons techniques et esthétiques. Un des propriétaires, d'avis que l'antenne parabolique ne causait aucun problème de nature pratique ou de déshabillage, estima que cette clause violait son droit à la liberté d'information⁷¹. Invoquant une décision de la Commission européenne des droits de l'Homme dans laquelle celle-ci estimait que le droit à l'information ne comprenait pas le droit de placer un tel appareil⁷², le juge de paix jugea qu'en l'espèce, il ne devait pas procéder à l'application horizontale de l'article 10 de la Convention⁷³. Pourtant, dans une situation similaire, le *Bundesverfassungsgericht* allemand, s'appuyant précisément sur le droit à la

liberté d'expression, consacra le droit entre individus au placement d'une antenne parabolique⁷⁴; les juridictions italienne et néerlandaise adoptèrent une position identique⁷⁵.

Ces quelques exemples sont naturellement non exhaustifs⁷⁶. Mais, énumérés en ordre dispersé, ils témoignent de l'absence de théorie minimale et donc de «sécurité juridique» suffisante (à savoir, de prévisibilité) pour les particuliers quant aux droits et aux obligations auxquels ils sont tenus les uns envers les autres en vertu de la Convention⁷⁷.

B. – L'AVÈNEMENT D'UN EFFET CIRCULAIRE ENTRE L'ÉCHELON NATIONAL ET EUROPÉEN ?

Une des questions soulevées par l'horizontalité, et illustrée par les litiges autour des antennes paraboliques, relève des différences de standards qui émergent entre Etats quant aux obligations qu'ils font peser respectivement sur les individus résidant sur leur territoire⁷⁸. Quels intérêts et préférences un individu peut-il exprimer librement sans être soumis au respect des droits fondamentaux ?

⁷⁴ Bundesverfassungsgericht, 9 juin 1994, *N.J.W.*, 1994, p. 2143. Voy. aussi Bundesverfassungsgericht, 9 février 1994, *BVerfGE* 90, p. 27, *N.J.W.*, 1994, p. 1147. Ces affaires relatives aux antennes paraboliques soulevèrent de nombreuses incertitudes juridiques en Allemagne. Voy. les solutions divergentes adoptées dans les décisions suivantes : Bundesverfassungsgericht, 10 mars 1993, *N.J.W.*, 1993, p. 1252; Bay. OLG., 12 août 1991, *N.J.W.-R.R.*, 1992, p. 16; OLG Frankfurt, 22 juillet 1992, *N.J.W.*, 1992, p. 2490; OLG Frankfurt, 28 juillet 1993, *N.J.W.*, 1993, p. 2817; OLG Karlsruhe, 24 août 1993, *N.J.W.*, 1993, p. 2815; OLG Düsseldorf, 12 novembre 1993, *N.J.W.*, 1994, p. 1163; OLG Celle, 19 avril 1994, *N.J.W.-R.R.*, 1994, p. 977; LG Heilbronn, 3 mars 1993, *N.J.W.-R.R.*, 1993, p. 588; LG Heidelberg, 2 juillet 1993, *WuM.*, 1993, p. 734; LG Essen, 6 septembre 1994, *N.J.W.-R.R.*, 1995, p. 208.

⁷⁵ Voy. Cass., 16 septembre 1983, n° 7418, *Foro it* 1984 I 415 (application de l'article 21 de la Constitution italienne). Pour les Pays-Bas, voy. Ktr. Assen, 25 mars 1986, *N.J.*, 1987, p. 15 (application de l'article 10 de la C.E.D.H.).

⁷⁶ Sur le plan national, l'article 10 de la Convention est souvent invoqué par les journalistes dans le cadre des procédures de responsabilité extracontractuelle. Par ailleurs, la liberté de réunion et d'association consacrée dans l'article 12 de la Convention a également joué un rôle dans certains conflits syndicaux (Cour du Trav. de Bruxelles, 9 décembre 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 52) et dans les litiges relatifs à la rémunération de transfert des joueurs de football et d'autres sports (Réf. Verviers, 24 juin 1992, *J.T.*, 1993, p. 289 (in casu toutefois, le refus du transfert de joueur fut qualifié de violation du droit à la liberté individuelle et à la liberté d'association, sans qu'il soit référé à la Constitution belge ni à la C.E.D.H.); Réf. Neufchâteau, 25 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 326.

⁷⁷ Dans le même sens, voy. D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 168.

⁷⁸ A. COLOMBI CIACCHI, «Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice», dans K. ZIEGLER, *Human Rights and Private Law*, Hart Publishing, Oxford, à paraître en 2006, 15 p.; A. COLOMBI CIACCHI, «Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution : The Case of Unfair Suretyships», *European Review of Private Law*, 2005, vol. 13, n° 3, pp. 292 et s.

⁶⁹ Cour Trav. Bruxelles, 19 juin 1972, *J.T.T.*, 1975, p. 298; E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in K. RIMANQUE (dir.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 46.

⁷⁰ Trib. Brux., 11 février 1961, *J.T.*, 1961, p. 686. Dans les années soixante, la jurisprudence se basait plus volontiers sur la Constitution que sur la Convention européenne des droits de l'Homme. On constate aujourd'hui le mouvement inverse. Voy. A. VAN OVELEN, «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is», dans K. DE FEYTER, M.C. FOBLERS et B. HUBEAU (dir.), *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, 385. Voy. également Cass. fr., 18 décembre 2002, *Amar et autres*, *R.J.P.F.*, avr. 2003, p. 9, note E. GARAUD; *Dr. et procédures* 2003, p. 157, obs. B. VAREILLE; *R.T.D. civ.*, 2003, p. 383. Au sujet de cette dernière affaire, voy. *infra*.

⁷¹ Il fonda sa requête sur l'article 577-9, §2 du Code Civil qui stipule que tout copropriétaire peut demander au juge d'annuler ou de réformer une décision irrégulière, frauduleuse ou abusive de l'assemblée générale.

⁷² Comm. eur. D.H., req. n° 10462/83, 15 mars 1984, *D.R.*, 37, p. 155.

⁷³ Juge de paix Wolvtem, 20 mars 1997, *T. Vred.*, 1998, p. 295; *T. App.*, 1997, afl. 3, p. 23.

Quels sont ses devoirs envers autrui ? Ainsi, tel acte d'un journaliste d'investigation pourrait être considéré comme une atteinte à la vie privée au sein de certains Etats mais dans d'autres non ; et pour des mêmes faits, le montant de l'indemnisation pourrait largement différer selon les systèmes étatiques⁷⁹. De même, une employée serait autorisée, contre la volonté de son employeur, à porter le voile dans une entreprise de tel Etat, alors que dans un autre, une femme travaillant dans une firme de même nature serait déboutée de sa demande. Des standards supra-nationaux de protection des individus contre leurs semblables sont peut-être souhaitables⁸⁰. Un contrôle supra-national est bien sûr opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme sans toutefois que la Haute Juridiction ne poursuive d'harmonisation puisque la marge d'appréciation nationale des Etats doit être conservée⁸¹ : les différences entre Etats seront respectées si elles correspondent raisonnablement à des traditions nationales distinctes. A travers sa jurisprudence, la Cour strasbourgeoise pourra néanmoins limiter la distorsion d'intensité dans l'effet horizontal « localisé », lorsque celle-ci traduit véritablement un écart de niveau de protection d'un droit fondamental, à condition qu'on puisse reprocher à l'Etat sur le territoire duquel la violation interindividuelle s'est exercée d'avoir manqué à son obligation de respect des droits consacrés par la Convention⁸². Invoquée par des particuliers devant les juridictions nationales, la jurisprudence de la Cour permettrait progressivement d'aligner les standards de protection interindividuelle qui seront applicables à l'ensemble des citoyens du Conseil de l'Europe via l'application de l'article 14⁸³ qui interdit la discrimination sur la base de la nationalité⁸⁴ : un standard atteint

⁷⁹ Voy. A. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*

⁸⁰ Voy. en ce sens A. Colombi Ciacchi qui déclarait à cet effet que « the co-ordination between national and supra-national standards is a typical task of the European multi-level system of governance ». A. COLOMBI CIACCHI, « Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice », *op. cit.* Voy. également sur cette question : C. JOERGES, « On the Legitimacy of Europeanising Private Law : Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2003, 7.3 <http://www.ejcl.org/ejcl/73/art73-3.html>.

⁸¹ A. Clapham précisait que « the European Court of Human Rights is not seeking to harmonize constitutional traditions but to ensure international protection for the rights contained in the Conventions ». A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1993, p. 181. Sur la marge nationale d'appréciation, voy. *infra*.

⁸² Voy. *infra*, I, § 3, n° 11.

⁸³ Et du Protocole n° 12 pour les Etats qui l'ont ratifié.

⁸⁴ Voy. en ce sens A. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*

dans un pays hausserait ainsi, par l'impact d'un « effet circulaire », les standards en vigueur dans les autres Etats.

C. — L'EFFET « DIAGONAL » DE LA CONVENTION CONSACRÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME⁸⁵

Aujourd'hui, la véritable question n'est plus celle de savoir si la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales *peut* régir des relations entre personnes privées : alors que le texte même de la Convention ne permettait pas de prédire pareille relativisation du « stato-centrisme » des droits de l'Homme⁸⁶, il est incontestable qu'ils ne sont plus exclusivement conçus au bénéfice de l'individu dans sa relation avec l'Etat.

⁸⁵ Le terme est emprunté à B. DICKSON, « The horizontal application of Human rights Law », A. HEGARTY et S. LEONARD (dir.), *Human Rights. An Agenda for the 21st Century*, Londres/Sydney, Cavendish Publishing Ltd., 1999, pp. 59 et s. Il faut rappeler ici que certains auteurs parlent d'horizontalité indirecte pour désigner le fait que, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, la contrainte pour une personne privée de respecter le droit d'un particulier (« enforceability ») est indirecte, puisqu'elle ne s'opère qu'à travers les obligations de l'Etat, seul condamné par la Cour. Voy. P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention*, 3^{ème} éd., Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 22-26 ; D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174 ; R. LAWSON, « Positieve verplichtingen onder E.V.R.M. : opkomst en ondergang van de « faire-balance » test », *N.J.C.M. - Bulletin*, 1995, pp. 559-573, et pp. 725-751. La préférence pour le concept d'« effet diagonal » présente pourtant l'avantage de la clarté. D'une part, il permet d'exprimer l'effet « indirect » de la Convention sur les personnes privées en ce que, non justiciables de la Cour, elles ne sont à cette échelle que les débiteurs secondaires du respect du droit fondamental à l'égard d'un tiers (le débiteur primaire étant l'Etat). L'« effet diagonal » évite en outre la confusion avec les concepts utilisés à l'échelle nationale où la notion d'« effet horizontal indirect » présente, en partie, un autre sens (voy. n° 6) que celui conféré à l'échelle internationale par certains auteurs.

⁸⁶ Selon G.J.H. Van Hoof et P. Van Dijk, il est évident que la *Drittwirkung* n'a pas été prise en considération au moment de la rédaction de la Convention. Les auteurs admettent ensuite que bien qu'il n'y ait pas de fondement clair pour une *Drittwirkung* et que, par conséquent, rien ne l'impose en théorie, rien non plus ne s'y oppose : aucun impératif ne permet de justifier le bénéfice de la protection des droits fondamentaux dans la relation à l'égard de l'Etat exclusivement, et pas dans les relations entre personnes privées. Voy. P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention*, *op. cit.*, pp. 24-25. D'autres auteurs avaient toutefois décelé dans l'article 17 de la Convention une manifestation claire de cette horizontalité, la requête d'un particulier selon lequel l'Etat aurait violé ses droits pouvant, sur cette base, être déclarée irrecevable dès lors que l'individu n'aurait lui-même pas respecté les droits fondamentaux protégés par la C.E.D.H. En « filigrane », la Convention aurait ainsi inscrit des devoirs à destination des individus, plutôt qu'exclusivement des droits. Voy. en ce sens M.A. EISSEN, « The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individuals », *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 32, 1962, p. 233 ; M.A. EISSEN, « La Convention et les devoirs des individus », dans *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, 1961, pp. 167-194 ; A. CLAPHAM, « The 'Drittwirkung' of the Convention », dans R.St.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1993, pp. 166-167. Voy. également, en guise d'illustration,

Les débats autour de l'*admissibilité* et des fondements de la privatisation étant dépassés, la problématique actuelle revient plutôt à définir dans quelle mesure, par le biais des législations et des décisions judiciaires nationales, les Etats sont *obligés* de veiller à ce que les relations privées soient compatibles avec la Convention, sous peine d'être condamnés par la Cour⁸⁷. La jurisprudence de cette dernière permet d'identifier les contours de la responsabilité internationale des Etats en ce domaine. Par le passé, des Etats ont régulièrement été sanctionnés pour leurs carences dans la « mise en œuvre du processus d'horizontalisation ». Inversement, l'Etat n'est pas à l'abri d'éventuels excès dès lors qu'il infligerait aux individus les uns à l'égard des autres des obligations démesurées.

De façon certes quelque peu inhabituelle, on pourrait illustrer la condamnation d'un excès d'horizontalisation nationale à travers les arrêts de la Cour relatifs aux pratiques sexuelles. Ainsi, les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *Norris c. Irlande* et *Modinos c. Chypre*⁸⁸ interrogeaient successivement la conformité, avec l'article 8 de la C.E.D.H., de la pénalisation d'actes homosexuels entre adultes consentants. Les Etats concernés justifiaient ces incriminations des pratiques individuelles par la nécessité de *protéger les droits et libertés d'autrui*. Rappelant que la sexualité appartient aux aspects les plus intimes de la vie privée et que, par conséquent, la liberté sexuelle doit primer même si cela heurte la sensibilité de la majorité, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea toutefois con-

Cour eur. D.H., *Van der Mussel c. Belgique*, arrêt du 23 novembre 1983, série A, vol. 76 : la Convention elle-même reconnaissant la nécessité de fournir une aide légale (article 6(3)c), il est jugé que l'obligation des praticiens d'accomplir leur devoir comme conseils et pour lesquels ils reçoivent une rémunération raisonnable ne peut être considérée comme constituant du travail forcé ou obligatoire. De même, dans l'affaire *Garaudy c. France*, la Cour estima qu'au regard du contenu et de la portée de la littérature de R. Garaudy, ce dernier n'était pas habilité à se prévaloir de l'article 10 de la C.E.D.H. : ses propos – qui s'inscrivaient dans une perspective de haine raciale et de justification du régime national-socialiste – devant s'analyser comme prônant la destruction des droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Cour eur. D.H., décision en recevabilité *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, req. n° 65831/01, voy www.echr.coe.int.

⁸⁷ Dans le même sens, M. HUNT, « Horizontal effect of the human rights act : moving beyond the public-private distinction », J. JOWELL et J. COOPER (dir.), *Understanding human rights principles*, Oxford, Portland, OR, Hart Pub., 2001, p. 166 ; A. CLAPHAM, *Human Rights in de Private Sphere*, op. cit., p. 90.

⁸⁸ Cour eur. D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45 ; Cour eur. D.H., *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142, 1988 ; Cour eur. D.H., *Modinos c. Chypre*, arrêt du 22 avril 1993, §24, série A n° 259. Voy. également Cour eur. D.H., *Wolfmeyer c. Autriche*, arrêt du 26 mai 2005. Au sujet de l'ensemble de ces arrêts, voy. J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *R.T.D.H.*, 2006, pp. 38 et s.

traires à l'article 8 de la C.E.D.H. les législations britannique, irlandaise et chypriote incriminant la sodomie.

Pour que le contrôle de la Cour puisse s'exercer, la violation d'un droit consacré par la Convention doit pouvoir être imputée à l'Etat. Or, en règle, celui-ci ne pourra être jugé directement responsable du fait d'un particulier. En effet, le comportement d'une personne ou d'un groupe n'agissant pas *organiquement* pour le compte de l'Etat – les « organes », par définition, accomplissent les fonctions étatiques traditionnelles – n'est pas considéré comme un fait de l'Etat⁸⁹, sauf exception : les actes de certaines entités privées non organiques pourront engager directement la responsabilité de l'Etat dès lors qu'elles accompliraient, en application de la loi et sous la tutelle gouvernementale, une *mission publique*⁹⁰. Mais ces hypothèses

⁸⁹ La vision originelle défendait que seuls les organes d'Etat pouvaient violer les droits fondamentaux : et que, par ailleurs, c'est la loi qui détermine qui sont ces organes. Voy. Cour eur. D.H., *Swedish Engine Drivers' Union*, arrêt du 6 février 1976, Série A, vol. 20 (dans lequel l'agent du gouvernement suédois déclare que l'article 11 de la C.E.D.H. ne devrait pas s'appliquer à couvrir les relations entre les syndicats et leurs membres, ou entre les premiers et les employeurs) ; Comm. eur. D.H., req. n° 10259/83, *S.P.R.L. ANCA et autres c. Belgique*, décision du 10 décembre 1984 (non responsabilité de l'Etat pour les faits d'un curateur de faillite) ; Cour eur. D.H., arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, req. n° 10929/84, §64 (non responsabilité de l'Etat pour une privation de liberté dans un hôpital psychiatrique). L'intérêt de déterminer si la personne agissante est un organe de l'Etat provient du fait qu'elle ne pourra dès lors pas opposer le respect de ses propres droits fondamentaux aux particuliers qui se plaignent d'une ingérence dans les leurs. Seul l'intérêt général pourra justifier une limitation.

⁹⁰ Voy. l'article 5 du « Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) », disposition consacrée à la « Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority » : « The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instances ». Ainsi, dans l'arrêt *Costello Roberts c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea que « dans la présente affaire, qui concerne le domaine particulier de la discipline scolaire, le traitement incriminé, encore qu'infligé par le chef d'un établissement privé, est donc de nature à engager la responsabilité du Royaume-Uni ». Cour eur. D.H., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, Série A, n° 247-C, §28. Plus tard, la Commission affirma également que doivent être qualifiées d'organisations gouvernementales, par opposition à « organisations non gouvernementales » au sens de l'article 34 de la C.E.D.H., non seulement les organes centraux de l'Etat, mais aussi la société nationale de chemins de fer espagnols, aux motifs, essentiellement, qu'elle était sous la tutelle du gouvernement et bénéficiait d'un monopole d'exploitation (Comm. eur. D.H., req. n° 35216/97, *RENFE c. Espagne*, décision du 8 septembre 1997). La Cour avait précisé précédemment qu'une personne morale est une « organisation non gouvernementale » au sens de l'article 34 de la Convention dès lors qu'elle n'exerce pas de prérogatives de puissance publique, ne poursuit pas des objectifs d'administration publique et n'est pas soumise à la tutelle de l'Etat. Voy. Cour eur. D.H., *Les saints monastères c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994 (Série A n° 301-A). Malgré ses liens légaux et financiers avec l'Etat, le fait que sa personnalité juridique était consacrée par le droit public et sa capacité à adopter des décisions administratives exécutives qui pouvaient faire l'objet d'un recours auprès de la Cour suprême administrative, les actes des « saints monastères » ne pouvaient donc engager directement la responsabilité de l'Etat grec. Cour eur. D.H., req. n° 53984/00, *Radio*

d'«*imputation directe du fait d'une entité privée*» sont marginales. En effet, la plupart des individus privés n'agissent pas dans un «cadre public» prédéfini; la responsabilité de l'Etat ne sera alors retenue par la Cour que si une défaillance de son système interne, qui aurait rendu possible la violation du droit d'une personne privée par l'un de ses «alter ego», peut lui être reprochée⁹¹. Lorsque la Cour affirme l'obligation d'un Etat de garantir la protection d'un droit fondamental dans la relation entre personnes privées, il en résultera *ipso facto* un devoir pour les particuliers de respecter le droit en cause: tel est l'«effet diagonal» de la Convention.

Deux cas de figure consacrant cet effet diagonal doivent être envisagés⁹². Premièrement, des violations privées pourront être imputables à l'Etat *du fait de son action*; en ce sens, l'Etat aura failli à son *obligation négative de respecter* les droits fondamentaux. Il en va ainsi lorsque le droit interne a légitimé ou favorisé la violation en cause⁹³, ou lorsque l'Etat a fourni à un particulier les moyens ou un encouragement pour qu'elle advienne: ainsi dans l'affaire *M.M. c. Pays-Bas*, l'Etat néerlandais fut condamné pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme suite à l'enregistrement d'une conversation téléphonique par un individu, dès lors que tant l'idée de cet enregistrement que les modalités techniques pour y procéder avaient été fournis à la personne concernée par la police⁹⁴. Comme dans l'hypothèse précé-

France et autres c. France, décision du 23 septembre 2003. Et plus généralement sur cette question: H. QUANE, «The Strasbourg Jurisprudence and the Meaning of a «Public Authority» under the Human Rights Act», *P.L.*, 2006, pp. 106-123.

⁹¹ Voy. notamment H. PAULIAT et V. SAINT-JAMES, «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 93.

⁹² F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENNOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. Thémis, 2003, pp. 28-30.

⁹³ Voy. Cour eur. D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, §§44 et s. L'affaire concernait la licéité d'un système d'affiliation obligatoire à un syndicat par les employés d'une entreprise déterminée («closed shop agreement»). Bien qu'admise par la loi anglaise (*Trade Union and Labour Relations Act*), la Cour estima que la clause du monopole d'embauche, qui obligeait les requérants à adhérer à un syndicat pour garder leur emploi, constituait une violation de l'article 11 de la C.E.D.H. Voy. également Cour eur. D.H., *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, §81: «Si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention».

⁹⁴ Cour eur. D.H., *M.M. c. Pays-Bas*, arrêt du 8 avril 2003, §37. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *op. cit.*, p. 362.

dente («*imputation directe du fait d'une entité privée*»), le lien entre «l'agir public» et «l'agir privé» demeure ici tangible⁹⁵.

Mais plus fréquemment, on reprochera à un Etat, face aux violations interindividuelles, son *inaction* en ce qu'il n'aurait pas satisfait à son *obligation positive de protéger* les individus les uns des autres, voire de *promouvoir la pleine réalisation de leurs droits respectifs* au cours de leurs interactions⁹⁶. Ainsi, du fait de l'attitude passive du juge ou de par l'absence de mesures législatives suffisantes pour prévenir, interdire ou limiter les atteintes individuelles aux droits fondamentaux, l'Etat aurait maintenu les conditions qui permettent à la personne privée de s'immiscer dans le droit garanti d'un tiers⁹⁷. La Commission européenne des droits de l'Homme estima, par exemple, qu'il appartient à l'Etat de veiller à ce que les réglementations des clubs de football, et notamment les dispositions relatives au transfert des joueurs professionnels, ne soient pas en contradic-

⁹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 363.

⁹⁶ La notion d'«obligation positive» est une notion essentiellement prétorienne, bien qu'elle reçoive un appui dans certaines dispositions de la Convention (art. 5, §5, ou art. 6, §3, al. c) et e), qui sollicitent respectivement de l'Etat d'indemniser une victime ou de fournir l'assistance judiciaire). Ce concept apparaît pour la première fois en filigrane dans l'affaire linguistique belge, mettant l'accent sur la nécessité de rendre «concrets et effectifs» les droits garantis par la Convention (voy. Cour eur. D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 6, p. 34). Il s'agit donc d'une obligation de faire, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits» (Cour eur. D.H., *Lopez Ostra c. Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, §51) desquels elle devient consubstantielle (voy. également opinion dissidente du juge Martens dans Cour eur. D.H., *Gül c. Suisse*, arrêt du 19 février 1996). Il existe un panel très diversifié d'obligations positives (ex. organiser un système d'accès gratuit à la justice, fournir des soins appropriés à des détenus malades (Cour eur. D.H., *Ilhan c. Turquie*, arrêt du 27 juin 2000),...) parmi lesquelles figure l'obligation de faire respecter les droits fondamentaux jusque dans les relations entre particuliers. L'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* lie pour la première fois la question de l'effet diagonal de la C.E.D.H. à celle des obligations positives inhérentes à la disposition de l'article 8, et crée ainsi l'intersection entre ces deux notions (Cour eur. D.H., *X. et Y. c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, §§23 et 27); les obligations positives étant nécessaires pour assurer autant l'effet vertical que diagonal de la Convention. Dans l'arrêt *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, la Cour déclare toutefois être consciente de ne pas pouvoir ébaucher une théorie générale des obligations positives (Cour eur. D.H., *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, arrêt du 21 juin 1988, §31). Voy. généralement sur cette notion: A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford Hart, 2004. Voy. également D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174. Selon D. Spielmann, «le contenu et la portée des obligations positives ne sont à ce stade pas clairement définis et la responsabilité des Etats est moins vite engagée pour des carences que pour des ingérences» (p. 172).

⁹⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, PUF, Paris, 2003, n° 134.

tion avec la C.E.D.H.⁹⁸. Récemment, la Cour jugea que le droit pour une personne au respect de son domicile (dédit de l'article 8 de la C.E.D.H.) impliquait celui d'obtenir de l'Etat qu'il veille à ce que soit diminué le bruit excessif émanant de discothèques situées à proximité⁹⁹, et à ce que soit mis un terme à diverses entraves commises par des tiers dans la pleine jouissance de l'espace domiciliaire¹⁰⁰.

L'arrêt *Karner c. Autriche*¹⁰¹ illustre, pour sa part, l'hypothèse où ce sont les institutions judiciaires qui échouent à sanctionner ou à octroyer une compensation suffisante à un particulier face à la violation de son droit par un autre individu. En l'espèce, le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle en ce que la Cour suprême autrichienne avait refusé de lui reconnaître le statut de «compagnon de vie» d'une personne décédée au sens de la loi sur les loyers; le requérant était ainsi empêché d'avoir droit à la transmission du bail que M. W. avait contracté de son vivant. La Cour européenne des droits de l'Homme estima que le Gouvernement autrichien n'avait pas fait état de motifs convaincants et solides pouvant justifier une interprétation stricte de la disposition de la loi sur les loyers, ayant pour effet que le partenaire survivant d'un couple composé de personnes du même sexe était privé de la possibilité d'invoquer le bénéfice de la loi devant les juridictions internes; elle conclut à la violation par l'Autriche de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8¹⁰².

⁹⁸ Comm. eur. D.H., décision *X. c. Pays-Bas* du 3 mai 1983, n° D. 9322/81, D.R. 32, 180. En l'espèce, la Commission considéra que le libre choix du footballeur avait été respecté et qu'il n'y avait donc pas eu de violation de l'article 4, §2 de la C.E.D.H. interdisant les pratiques de travail forcé. Voy. également O. DE SCHUTTER, «State Action» et «Drittwirkung»: du différend en droit», *R.I.E.J.*, 1992, p. 92.

⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004, req. n° 4143/02, at: 55-62.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20 avril 2004, req. n° 48995/99. La Cour précisa que l'affaire ne portait pas sur une ingérence des autorités publiques dans l'exercice du droit au respect du domicile, mais qu'elle concernait l'inactivité des autorités pour faire cesser les atteintes, causées par de tierces personnes, au droit invoqué par la requérante; il s'agissait en l'espèce de l'entrée de tierces personnes dans la cour de la maison de cette dernière et du déversement par ces personnes de plusieurs charrettes de fumier devant la porte et sous les fenêtres de la maison.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., *Karner c. Autriche*, arrêt du 24 juillet 2003, voy. www.echr.coe.int.

¹⁰² De même, on déduira de l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* que l'Etat aura violé les droits fondamentaux si ses juridictions internes contribuent à l'exécution forcée d'un contrat privé présentant des clauses discriminatoires. Sur cet arrêt, voy. les développements *infra*, n° 18.

Il existe, sans aucun doute, une connexion très étroite entre l'obligation positive pesant sur les Etats et la nécessité de réguler les conduites privées pour empêcher les interférences abusives mettant à mal le respect réciproque des droits. Cette obligation de protection (voire de promotion) consiste bien évidemment en une obligation de moyens – et non de résultat –¹⁰³ qui sera satisfaite à la fois par l'interdiction de la violation du droit entre particuliers et, plus particulièrement, par l'offre de mesures de précaution ou de réparation spécifiques par l'Etat. Les Etats seront tenus pour responsables lorsqu'il y a une «haute probabilité» que la violation privée aurait pu être empêchée par son action; c'est depuis la perspective étatique qu'il sera considéré si la violation privée était évitable ou, au contraire, incontrôlable.

En réalité, il apparaît d'emblée qu'il ne sera pas toujours aisé de distinguer si c'est l'inaction d'un Etat ou, au contraire, son action qui aura favorisé la violation d'un droit par un particulier¹⁰⁴. Toutefois, pour les droits «dérogeables», que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits du requérant, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique que l'Etat devra s'efforcer de justifier, les principes applicables sont, selon la Cour, assez voisins¹⁰⁵: dans les deux cas, il faut

¹⁰³ Cour eur. D.H., *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, arrêt du 21 juin 1988, §34.

¹⁰⁴ L'affaire *Young, James et Webster* incarne cette hésitation. Alors que nous y avons vu une violation par l'Etat en cause de son obligation négative (dans le même sens, voy. J. MOULY en J.-P. MARQUENAUD, «L'alcool et la drogue dans les épreuves de la C.E.D.H.: vie privée du salarié et principe de proportionnalité», *D.*, 2005, p. 38), D. Spielmann, parmi d'autres auteurs, y décèle un non accomplissement par le Royaume-Uni de ses obligations positives. Voy. D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 81. Pour déterminer s'il y a ou non action de l'Etat, peut-être faut-il mesurer s'il est l'auteur d'une «violation originelle» qui aurait permis consécutivement une violation par un particulier. O. De Schutter attire par ailleurs l'attention sur le fait que l'utilisation du vocable positif ou négatif est une indication de ce qui est généralement attendu ou obtenu de l'Etat en ces domaines, elle est donc toute relative: «(...) La même règle internationale imposera tantôt des obligations «positives», tantôt des obligations «négatives», non pas en raison de son contenu intrinsèque ni, a fortiori, de sa formulation en termes de prescriptions ou d'interdictions, mais en raison seulement du rapport que cette règle internationale entretient avec le système juridique étatique dans lequel elle s'insère. La relativité de la distinction entre les deux catégories d'obligations résulte ainsi de ce qu'elle ne présente qu'une pertinence qu'en fonction d'un système juridique donné – celui de l'Etat de réception». Voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux: transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1990, série A n° 172, §41; Cour eur. D.H., *Broniowski c. Pologne* [GC], arrêt n° 31443/96, §144, C.E.D.H. 2004-V; Cour eur. D.H., *Hutton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, §§98 et s., C.E.D.H. 2003-VIII; Cour eur. D.H., arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004, req. n° 4143/02, §55; Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006, §59.

rechercher le juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble, les Etats jouissant d'une *marge nationale d'appréciation à cet égard*¹⁰⁶. Concrètement, à l'issue du test de *proportionnalité*, on condamnera un Etat pour son action venant à l'appui de celle d'un individu, si l'ingérence de cet Etat dans le droit d'un autre particulier est excessive au regard du but d'intérêt général poursuivi; parallèlement, on ne reprochera pas à un Etat son inaction si les obligations positives mises à sa charge sont disproportionnées au regard de l'intérêt individuel à protéger. Dans ce second cas de figure, le principe de proportionnalité ne jouera donc pas «en faveur de l'individu mais contre lui puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif»¹⁰⁷.

Plus déterminante que la distinction entre obligations positives et négatives, est peut-être la question de savoir sur quel pouvoir étatique la Cour fait peser l'obligation positive, bien qu'il faille admettre qu'elle fait rarement explicitement référence au destinataire de l'obligation¹⁰⁸. L'effet diagonal opère pourtant différemment selon que l'obligation s'adresse au législateur, au pouvoir exécutif et administratif, ou aux juridictions internes auxquelles la Cour reprocherait le cas échéant de ne pas avoir reconnu un effet «direct» à la C.E.D.H. dans les litiges privés. Dans cette dernière hypothèse, l'effet diagonal s'exerce de manière «immédiate», en actionnant en cascade l'«effet horizontal jurisprudentiel», puisqu'il enjoint aux juridictions nationales d'interpréter les législations en vigueur ou les

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998, §33. Sur cette notion, voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, §155. Il faut être attentif ici à ce que la marge nationale d'appréciation ne soit pas entendue trop largement. F. SUDRE précise que «l'étendue de la marge d'appréciation varie (...) selon les circonstances de temps, de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence au droit, l'existence ou non d'un «dénominateur commun» aux systèmes juridiques des Etats contractants». F. SUDRE, «Les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 1995, p. 376.

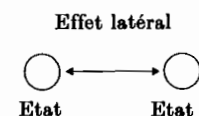
¹⁰⁷ J.P. MARQUENAUD (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit privé*, Paris, La documentation française, 2001.

¹⁰⁸ Voy. *a contrario*, la décision *Verlière c. Suisse*, dans laquelle la requérante, ayant appris qu'elle était suivie par les détectives de sa société d'assurance, s'est adressée à la Cour européenne des droits de l'Homme afin que soit constatée une violation de son droit à la vie privée. Selon la Cour, la législation suisse disposait de remèdes civils et criminels efficaces pour les violations des droits de personnalités et les juridictions internes avaient, en l'espèce, correctement analysé les intérêts concurrents de l'assureur d'une part, du requérant d'autre part. Estimant que la Suisse avait satisfait à son obligation positive, tant au niveau législatif que juridictionnel, inhérente au respect effectif de la vie privée, la Cour jugea la plainte manifestement mal fondée et irrecevable. Voy. Cour eur. D.H., req. n° 41953/98., *Verlière c. Suisse*, décision du 28 juin 2001.

contrats litigieux à la lumière de la Convention. La Cour aura donc en l'espèce un souci supplémentaire : celui, *in fine*, de ne pas mettre à mal la *sécurité juridique* des particuliers qui se verraient indirectement imposer des obligations le cas échéant imprévisibles.

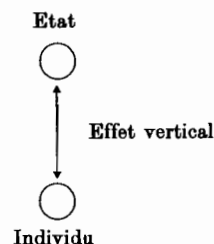
Titulaires d'obligations en application de la Convention européenne des droits de l'homme

Mécanisme de garantie collective :

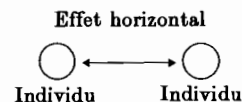
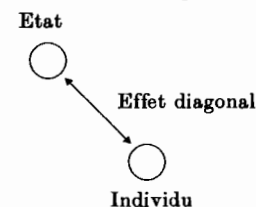


Obligation de l'Etat de respecter (obligation négative), protéger et promouvoir (obligations positives) les droits fondamentaux des individus :

Responsabilité directe de l'Etat qui par son action ou son abstention viole les droits des individus



Responsabilité «indirecte» de l'Etat par son ingérence active ou passive, il a permis les violations des droits fondamentaux d'un individu par un autre



Effet horizontal direct ou indirect ?

Obligation interindividuelle
de respecter, protéger, promouvoir
les droits d'autrui ?

On conclura de cette première partie que la privatisation soulève trois problématiques de nature distincte. La première, qui préoccupera tant le législateur national que le juge dans leurs initiatives

respectives, consiste à savoir *jusqu'où peut-on charger le particulier* sans qu'il soit porté atteinte, de façon disproportionnée, à ses propres droits et/ou intérêts. La seconde a trait aux modalités de cette privatisation qui doivent elles-même être compatibles avec les droits fondamentaux : lorsque c'est le *juge* qui la met en œuvre, il doit concomitamment veiller à préserver la *sécurité juridique* du nouveau « débiteur privé » de l'« obligation fondamentale » mise à son compte. Troisièmement, encore faut-il s'assurer qu'en privatisant les droits fondamentaux, les organes étatiques ne portent pas atteinte à l'intérêt général de la société dans son ensemble ; la Cour européenne des droits de l'Homme veillera à ce que l'équilibre entre protection des intérêts privés et général soit préservé. A partir de sa jurisprudence récente (II. §1.), seront identifiés les défis auxquels la Cour s'expose lorsqu'elle tente de mettre en œuvre l'effet diagonal, et *ipso facto*, de trancher pour chaque espèce les trois problématiques soulevées. Malgré la démarche contextuelle de la Cour, quelques éléments de « théorisation » seront dégagés lorsqu'une telle démarche s'avère opportune (II. §2).

II. – Contours de l'effet diagonal de la Convention par la Cour européenne des droits de l'Homme

A. – EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE SIGNIFICATIVE RÉCENTE

La Cour européenne des droits de l'Homme invite, depuis le début des années 1980, les *législateurs nationaux* à adapter ou adopter certaines normes étatiques pour satisfaire aux exigences de l'horizontalisation¹⁰⁹. Depuis longtemps aussi, la Cour confère à la Convention un « rôle diagonal » pour l'interprétation par les *juges internes* des *règles nationales* en matière de *responsabilité extracontractuelle*¹¹⁰. On assiste récemment à une étape supplémentaire dans

le processus : la Cour retient aujourd'hui la responsabilité des Etats, et plus particulièrement de leurs juridictions, pour la protection des particuliers tant à travers leurs *relations privées contractuelles* que dans l'interprétation des *clauses testamentaires*. En 2000, la Cour jugea ainsi, par un *obiter dictum*, dans l'arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* que « la liberté d'expression s'impose non seulement dans les relations entre employeurs et employés lorsque celles-ci obéissent au droit public, mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé »¹¹¹.

Par deux décisions datant de 2002 et 2004, la Cour européenne des droits de l'Homme eut ensuite à traiter la question de l'application de l'article 8 de la C.E.D.H. aux *relations privées contractuelles de travail*. Dans les deux cas, les salariés requérants estimaient avoir été soumis à des tests obligatoires de dépistage d'alcool et de drogue si intrusifs que leur droit au respect de la vie privée en aurait été violé. A deux reprises, la Cour déclara les requêtes irrecevables qualifiant les mesures litigieuses d'ingérences nécessaires dans une société démocratique, afin de protéger les droits et libertés d'autrui, et de maintenir la sûreté au sein d'entreprises dont l'activité présentait un danger évident : il s'agissait en effet d'une société privée de bateaux de ferry dans l'affaire *Madsen c. Danemark*, et d'une centrale nucléaire dans l'affaire *Wretlund c. Suède*. Dans l'affaire *Wretlund*, la Cour ajouta que l'ingérence était prévue par la loi puisque les employés avaient été informés du programme de contrôle, et qu'elle était proportionnée dès lors que les contrôles opérés étaient discrets et confidentiels.

Ces décisions illustrent parfaitement les hésitations de la Cour dans l'exercice de l'effet diagonal de la Convention. Premièrement, plutôt que d'affirmer avec clarté l'application de l'article 8 de la C.E.D.H. dans les relations contractuelles entre les salariés et l'employeur privé¹¹², la Cour se limita à trouver justifiées les ingé-

¹¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, *Rec.*, 2001-VI, §38, *D.*, 2001 (jur.), 574, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY ; *Mediaforum* 2000, 293, obs. E. VERHULP.

¹¹² Cette affirmation aurait été une conséquence logique de la conjugaison étroite entre, d'une part, les arrêts de la Cour ayant successivement reconnu le nécessaire respect de la vie privée dans les relations interindividuelles et, d'autre part, l'arrêt *Niemitz c. Allemagne* qui, bien que ne concernant que l'effet vertical de l'article 8 de la C.E.D.H., consacre le respect de la vie privée dans la sphère professionnelle (Cour eur. D.H., *Niemitz c. Allemagne*, arrêt du 23 novembre 1992). Dans le même sens, voy. J. MOULY en J.-P. MARGUENAUD, « L'alcool et la drogue dans les épreuves de la C.E.D.H. : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, 2005, p. 37.

¹⁰⁹ L'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1980 est le premier arrêt de la Cour à entériner la nécessité de rendre effectifs les droits conventionnellement garantis dans les rapports interindividuels.

¹¹⁰ Ainsi, dans les conflits entre la presse et les personnes visées par les articles des journalistes. Voy. entre autres, Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, Série A, n° 103 ; Cour eur. D.H., *Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1994, Série A, n° 313 ; Cour eur. D.H., *De Haes et Gijssels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997, *Rec.* 1997-I.

rences commises dans le droit à la vie privée des employés au regard des exigences du §2 de l'article 8. Deuxièmement, dans l'affaire *Madsen* uniquement, la Cour commit une apparente erreur de raisonnement : sans argument explicite à l'appui, elle assimila les tests de l'employeur privé à une ingérence de l'autorité publique avant d'y appliquer le test de proportionnalité tel qu'il est mis en œuvre dans les relations verticales¹¹³. Dans la décision *Wrellund*, la Cour estima en revanche que les tests de la centrale nucléaire ne pouvaient être considérés comme une ingérence étatique, mais que l'Etat suédois avait une « obligation positive » de protéger les employés contre toutes ingérences dans leur droit à une vie privée. La Cour tergiversa néanmoins une nouvelle fois quant au raisonnement à emprunter : elle décida qu'il n'était pas nécessaire d'examiner s'il y avait une ingérence dans la vie privée des requérants pour laquelle l'Etat suédois était responsable, puisque même s'il y avait eu ingérence, l'ingérence était justifiée¹¹⁴.

Au cours de la même période, la Cour européenne des droits de l'Homme se prononça sur l'application de l'article 8 dans les relations entre les parties à un *contrat d'assurance*¹¹⁵. Dans l'importante affaire *Van Kück c. Allemagne*, la Convention s'est appliquée à la requête d'une personne transsexuelle demandant le remboursement partiel de son opération chirurgicale de changement de sexe auprès de sa compagnie d'assurance maladie privée. La requérante, née de sexe masculin, avait été autorisée par les tribunaux allemands à se doter de prénoms féminins en application de la loi allemande sur les transsexuels. Elle avait ensuite intenté une action en justice contre sa compagnie privée d'assurance en vue d'obtenir le remboursement de 50 % des frais engendrés pour l'hormonothérapie et l'opération de conversion sexuelle. L'autre moitié du montant total était couverte par un système de sécurité sociale de l'Etat. Contestant le caractère « médicalement nécessaire » de l'opé-

¹¹³ Cour eur. D.H., req. n° 58341/00, décision *Madsen c. Danemark* du 7 novembre 2002; J. MOULY en J.-P. MARQUENAUD, *op. cit.*, pp. 36-39; J.C.P. E, 2004, n° 334, p. 373, obs. J. RAYNAUD.

¹¹⁴ Cour eur. D.H., req. n° 46210/99, décision *Wrellund c. Suède* du 9 mars 2004, pp. 10-11; J. MOULY en J.-P. MARQUENAUD, *op. cit.*, pp. 36-39.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003; J.P. MARQUENAUD et J. RAYNAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », *R.T.D. civ.*, 2003, pp. 361-364.

ration, les juridictions allemandes rejetèrent successivement sa demande¹¹⁶.

Outre un constat de violation de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea que l'article 8 de la C.E.D.H. avait en l'espèce été violé. Invoquant l'obligation positive de l'Etat d'adopter des mesures visant au respect de la vie privée jusqu'à dans les relations des individus entre eux, la Cour souligna que les *juridictions internes* auraient dû, en mettant en balance les *intérêts concurrents*, accorder une importance particulière aux questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de la personne¹¹⁷. Elle prit en considération le fait que le phénomène du transsexualisme était largement connu en 1992-1995, soit la période pendant laquelle la procédure interne s'était déroulée.

L'arrêt *Van Kück* comporte autant d'innovations que de risques, reflétés dans l'opinion dissidente des juges Cabral Barreto, Hedigan et Greve : selon eux, la Cour ne pouvait se substituer au juge national dans l'examen de la « nécessité médicale » d'une opération de conversion sexuelle¹¹⁸. Très intéressante est l'opinion concordante du juge allemand Ress qui révèle deux paramètres significatifs « justifiant » l'application diagonale des droits fondamentaux. Premièrement, le juge Ress souligne qu'il existe en Allemagne un rapport juridique étroit entre le système de sécurité sociale et l'assurance privée ouverte à certaines catégories de personnes à titre substitutif ou complémentaire : les conditions d'assurance dans le secteur privé doivent être les mêmes, *mutatis mutandis*, que dans le

¹¹⁶ Tentant d'interpréter les clauses contractuelles litigieuses, le Tribunal régional de Berlin contrôla d'abord si la requérante était une transsexuelle dont l'état devait être considéré comme une maladie. Confirmant cet état de fait, le rapport d'expertise ordonné par la juridiction saisie approuvait l'intervention chirurgicale tout en indiquant que l'opération de conversion sexuelle n'était pas la seule thérapie envisageable. Le Tribunal régional jugea ensuite que l'opération ne répondait pas au critère de « nécessité médicale » prévu dans les conditions générales du contrat d'assurance. La Cour d'appel de Berlin confirma ce jugement en jetant le discrédit sur l'« authenticité » de la demande de la requérante. Après le refus de la Cour constitutionnelle fédérale de retenir son recours, la requérante s'adressa à la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹¹⁷ La Cour s'adosse ici à l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme jugea dans cet arrêt majeur « qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle. Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité ». Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, *Rec. 2002-VI*; *R.T.D. civ.*, 2002, 782, obs. J. HAUSER.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 septembre 2003, *Rec. 2003-VII*, opinions dissidentes des Juges M. CABRAL BARRETO, M. HEDIGAN et M^{me} GREVE.

système public. Deuxièmement, il rappelle que le respect de la vie privée des transsexuels est un principe largement accepté dans les pays du Conseil de l'Europe¹¹⁹; on pourrait traduire ce dernier paramètre comme l'exigence d'un «respect de base», par toutes les entités publiques ou privées, des principes généraux déduits de la Convention. Après avoir affirmé qu'en Allemagne les droits fondamentaux ont des répercussions directes sur les rapports entre personnes privées, le juge Ress confirma que les clauses du contrat passé entre la requérante et sa compagnie d'assurance privée devaient par conséquent être interprétées, par le juge national, à la lumière des exigences résultant de l'article 8.

Enfin, l'arrêt *Van Kück* entérine certes une amélioration de l'application du régime de proportionnalité puisqu'il tend en l'espèce à mettre en balance deux intérêts privés opposés, sans se défaire toutefois de la «terminologie utilisée pour le contrôle de proportionnalité classique»: un recadrage théorique de la combinaison de l'effet diagonal et du principe de proportionnalité demeure par conséquent indispensable¹²⁰.

Un dernier arrêt mérite d'être développé. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, la Cour européenne des droits de l'homme jugea que la Cour suprême d'Andorre avait, contrairement à l'article 8 combiné à l'article 14 de la C.E.D.H., avalisé une distinction injustifiée, issue d'un testament, entre enfants biologiques et adoptifs. En 1939, Madame C. P. Oller avait rédigé un testament dans lequel elle instituait une substitution de fidéicommissaire au bénéfice de son fils F.-X. Le bénéficiaire devait transmettre les biens faisant l'objet du testament à un fils ou un petit-fils issu «d'un mariage légitime et canonique»: ce dernier deviendrait l'héritier fidéicommissaire. F.-X. contracta pareil mariage, mais n'ayant pas d'enfants naturels de cette union, il en adopta. En 1996, suite au décès de F.-X., les juges d'Andorre furent saisis pour interpréter son testament et le codicille annexé qui renvoyait au testament de sa propre mère. En effet, les arrières-petites filles de C.P. Oller estimaient que le fils adoptif du défunt n'équivalait pas à un fils issu «d'un mariage légitime et canonique». Face au problème d'interpré-

¹¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 septembre 2003, *Rec.* 2003-VII, opinion concordante du Juge Ress.

¹²⁰ J. MOULY en J.-P. MARGUENAUD, «L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH: vie privée du salarié et principe de proportionnalité», *D.*, 2005, p.37. Voy. *infra* III., §2, A.

tation soulevé, le Tribunal supérieur de justice d'Andorre jugea que l'enfant adopté ne pouvait hériter que de ses parents et non de ses grands-parents.

Après avoir précisé qu'elle n'était en principe pas appelée à régler des différends purement privés (§59), la Cour européenne des droits de l'Homme jugea toutefois qu'elle ne saurait rester inerte lorsqu'une *interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique*, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en *flagrante contradiction* avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les *principes sous-jacents à la Convention* (§59). Cet extrait suggère deux observations.

Premièrement, la Cour qualifie de «principe de base» l'exigence de non-discrimination entre un enfant né dans ou hors mariage (§§61-62)^{121/122}. Suite à l'arrêt *Marckx*, la Cour a effectivement réitéré l'incompatibilité avec les articles 8 et 14 de la C.E.D.H. ou avec les deux dispositions cumulées, des lois faisant une distinction entre les enfants légitimes et illégitimes¹²³; par analogie, elle étendit ce raisonnement aux enfants adoptifs. La différence de taille entre ces arrêts et l'affaire *Pla et Puncernau* provient toutefois du fait qu'en l'espèce, la discrimination ne résulte pas d'une décision explicite de l'Etat exprimée dans son appareil législatif, mais plutôt de l'attitude originelle de la testatrice. Ceci conduit à la seconde observation: l'identité de l'agent discriminant blâmé par la Cour ne ressort en réalité pas avec clarté de l'arrêt¹²⁴. Est-ce la testatrice dans l'expression de ses dernières volontés ou la «haute juridiction

¹²¹ Cour eur. D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, arrêt du 13 juillet 2004, req. 69498/01, *www.echr.coe.int*; E.H.R.C. 2005, 86, obs. E. BREMS; W. PINTENS, «Familiaal vermogensbeheer in recente nationale en Europese rechtspraak», dans W. PINTENS et J. DU MONGH (dir.), *Familiaal vermogensbeheer*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 30.

¹²² Tout en marquant son accord avec les principes de raisonnement énoncés par la majorité, le Juge Bratza estime pour sa part qu'un testament qui cause un préjudice à un enfant adoptif par rapport à un enfant légitime n'est pas une violation des principes fondamentaux de la Convention. Cour eur. D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, arrêt du 13 juillet 2004, *www.echr.coe.int*, opinion en partie dissidente du Juge BRATZA.

¹²³ Cour eur. D.H., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31, §§51-52; Cour eur. D.H., *Inze c. Autriche, Belgique*, arrêt du 28 octobre 1987, Série A n° 126; Cour eur. D.H., *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 2000; Cour eur. D.H., *Mazurek c. France*, 1er février 2000, *Rec.* 2000-II.

¹²⁴ Voy. R.S. KAY, «The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law», *E.H.R.L.R.*, 2005, p. 474.

andorrane» en interprétant erronément celles-ci ? Alors qu'au regard du §59, il semble peu contestable que la Cour visait cette seconde option, le juge Garlicki envisage sans ambiguïté la première branche de l'alternative, en affirmant que c'est bien là que se situe le nœud véritable.

Selon la Cour, les requérants soulevaient la question de la préétendue incompatibilité avec la Convention de l'interprétation du droit interne faite par les juridictions andorranes (§45)¹²⁵. La Cour rappelle l'obligation positive pesant sur le pouvoir judiciaire d'interpréter les instruments privés dans un sens «dynamique» (§62)¹²⁶ : ainsi, une juridiction nationale devrait prendre en considération tout changement «social, économique et légal» pertinent, qui est apparu entre le temps où le testament a été rédigé et celui de l'interprétation. En l'espèce, les tribunaux andorrans saisis auraient dû considérer que le terme «fils» incluait également le fils adoptif. La Cour précisa enfin que toute interprétation dans le domaine testamentaire, si tant est qu'elle soit nécessaire, «doit rechercher quelle était la volonté du *de cuius* ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on «ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit», et sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour».

¹²⁵ Rappelons ici que la Cour a, à plusieurs reprises, estimé qu'il ne lui appartenait pas de se substituer aux juridictions nationales dans l'interprétation de la législation nationale. Voy. notamment Cour eur. D.H., *Waite et Kennedy c. Allemagne*, arrêt du 18 février 1999, req. n° 26083/94, §54. Elle soutient en général qu'il n'y a pas de violation de la C.E.D.H. si la pratique litigieuse est conforme à la loi nationale elle-même compatible avec la C.E.D.H. (voy. par ex. Cour eur. D.H., *Karhuvaara et Itälehti*, arrêt du 16 novembre 2004, req. n° 53678/00, §49), tout en admettant qu'il existe des limites au fait de s'aligner sur l'interprétation des juridictions nationales (Cour eur. D.H., *Gusinskiy c. Russie*, arrêt du 19 mai 2004, req. n° 70276/01, §66). Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, la Cour déclara que le principe, selon lequel il incombe au premier chef aux autorités nationales et, singulièrement, aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne, s'applique à plus forte raison dans le cadre de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel le testament. Elle en conclut dès lors qu'un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne pourrait donc se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention» (§46, voy. également *supra*).

¹²⁶ Plus haut dans son arrêt, la Cour jugea néanmoins qu'il est entendu que l'on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale (§45). Comme dans les arrêts précédemment invoqués dans le présent §, elle n'impute donc pas à l'Etat d'Andorre un manquement à une obligation positive de nature législative.

En d'autres termes, c'est la façon de trancher de la haute juridiction andorrane qui est jugée offensante et discriminatoire (§57), sans que la Cour ne réfère explicitement à l'obligation pour l'Etat de contrôler les conduites des particuliers dans le droit testamentaire. En toute logique, il n'est toutefois pas déraisonnable d'extrapoler de l'arrêt *Pla et Puncernau* que les articles 8 et 14 de la C.E.D.H. imposeraient désormais une obligation positive sur l'Etat d'Andorre d'assurer que les enfants biologiques et adoptés soient traités de la même façon en matière testamentaire, et donc d'empêcher à l'avenir par une loi le testateur privé de procéder à pareille distinction. Ce qui conduirait à un renforcement puissant de l'horizontalité des droits fondamentaux à travers tous les droits privés des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Dans son opinion dissidente, le juge Garlicki affirma en ce sens que la vraie question qui se posait à la Cour était celle de savoir «dans quelle mesure la Convention a un effet «horizontal», c'est-à-dire un effet qui interdit aux particuliers de prendre des mesures portant atteinte aux droits et aux libertés d'autres particuliers. Autrement dit : dans quelle mesure l'Etat a-t-il l'obligation soit d'interdire ces mesures privées, soit de refuser de les appliquer ?». Après une considération selon laquelle les auteurs de la Convention n'avaient à l'évidence pas souhaité que cet instrument eût un «effet sur les tiers»¹²⁷, le juge Garlicki estima tout aussi établi que le niveau de protection de la Convention contre un acte privé ne puisse pas être équivalent au niveau de protection contre un acte d'Etat. Il ajouta qu'il était indéniable que, dans le domaine testamentaire où le but est d'opérer une distinction entre héritiers potentiels, le testateur devait conserver une large liberté, liberté protégée tant par l'article 8 de la Convention que par l'article 1^{er} du Protocole n°1¹²⁸. Il conclut son opinion en suggérant la règle suivante : «l'Etat doit donner effet aux clauses testamentaires privées, sauf circonstances exceptionnelles où la clause peut être considérée comme étant incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou visant à la destruction des droits et libertés qui y sont reconnus. Cependant, l'existence de telles circonstances exceptionnelles doit,

¹²⁷ Garlicki se réfère à A. DRZEMCZEWSKI, «The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties», *N.I. L. R.*, 1979, n° 2, p. 168.

¹²⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* de 13 juillet 2004, www.echr.coe.int, opinion dissidente du Juge GARLICKI.

comme toujours, être clairement établie; elle ne peut être présumée». Contrairement aux juges majoritaires, il estimait qu'*in casu* ces conditions n'étaient pas réunies¹²⁹; en d'autres termes, si les juges étaient unanimes sur le fait que seuls les principes et idéaux fondamentaux devaient s'appliquer en l'espèce, apparaissait en revanche une divergence sur le contenu ou la concrétisation de ces derniers.

B. - QUESTIONS SOULEVÉES

PAR LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX PAR LES ENTITÉS PRIVÉES

Les arrêts évoqués illustrent les hésitations diverses de la Cour. Vu le caractère non systématisé de l'effet diagonal de la Convention, les indices à déduire de la jurisprudence strasbourgeoise quant au niveau de protection de la Convention que l'Etat *devrait garantir* dans les rapports interindividuels sont peu nombreux. Il semble toutefois que, pour délimiter la responsabilité internationale des Etats en ce domaine et, *ipso facto*, les incontournables obligations interindividuelles, la Cour prenne en considération les éléments suivantes : les principes généraux ou les droits de la Convention en cause dans le conflit entre entités privées (1), et le domaine d'application de ces droits ou principes (2). A partir de la jurisprudence, nous tenterons d'élaborer quelques lignes directrices en réponse aux interrogations soulevées : la Cour limite-t-elle l'effet diagonal à certains droits et principes de la C.E.D.H. ? Aurait-elle tendance à rejeter pareil effet lorsque l'agent privé n'est doté d'aucune autorité publique ? Nous enchaînerons par la question de la transposition ou non aux entités privées de la trilogie des obligations étatiques de *respecter*, de *protéger* et de *promouvoir* (3). Ce dernier point est, en réalité, largement embryonnaire et n'est énoncé qu'à titre prospectif, les indices de la Cour étant ici quasi inexistant.

¹²⁹ Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, arrêt de 13 juillet 2004, www.echr.coe.int, opinion en partie dissidente du Juge BRATZA, n° 4.

1. - Les principes généraux et les droits fondamentaux

a. Les principes généraux

Dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, la Cour estima que l'effet diagonal ne devrait être envisagé que si l'acte privé entre en flagrante contradiction avec les droits ou *principes sous-jacents fondamentaux* de la Convention (§59 de l'arrêt). Cette condition paraît théoriquement justifiée pour deux raisons distinctes. Premièrement, vu que le particulier est, *a priori*, pleinement libre dans ce domaine et que le juge doit tenir compte de cette liberté étendue, les « principes et idéaux fondamentaux » survivraient plus assurément au test de proportionnalité que les principes moins affirmés. Deuxièmement, cette exigence n'est pas sans importance au regard du souci de maintenir la *sécurité juridique* dès lors que l'obligation positive est, en l'espèce, infligée au juge interne (et non au législateur) : si un principe est considéré, sans aucun doute, comme un principe de base dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les justiciables auraient la possibilité de le connaître et d'en tenir compte dans leurs actions. Pour cette même raison, les principes nouveaux ou peu ancrés ne peuvent jouer de rôle similaire dans la régulation des conduites privées.

C'est conformément à ce second motif que les juges de la Cour ont insisté sur le caractère largement consacré de la protection de l'identité sexuelle dans l'arrêt *Van Kück*, et de la liberté d'expression dans l'arrêt *Fuentes Bobo* : l'effet diagonal (imposé au juge interne) se justifiait dans ce dernier cas dès lors que la Cour a déclaré à plusieurs reprises que la liberté d'expression constitue l'un « des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »¹³⁰.

Le désaccord des juges dissidents (JJ. Bratza et Garlicki) dans l'affaire *Pla et Puncernau c. Andorre* souligne toutefois le caractère

¹³⁰ Cour eur. D. H., *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, Série A, n° 24, §49; Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, Série A, n° 103, §41; Cour eur. D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, Série A, n° 295-A, §49; Cour eur. D. H., *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, Série A n° 298, §31; Cour eur. D. H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, Rec. 1996-II, §39; Cour eur. D. H., *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 février 2005, §87, www.echr.coe.int.

vague du concept de «principes fondamentaux». Il faut en effet admettre la difficulté à distinguer les «principes ou idéaux fondamentaux» des principes qui seraient «subsidiaries». Non seulement parce que la Cour mentionne fréquemment dans ses arrêts la nature très fondamentale du droit en cause¹³¹. Mais aussi parce qu'on ne peut extraire *a priori* d'un droit un noyau dur ou une substance si fondamentale qu'aucune atteinte ne pourrait y être portée¹³². Malgré ces obstacles théoriques, on pourrait s'atteler à distinguer deux sortes de droits pour tenter d'en excaver les principes fondamentaux sous-jacents : les droits plutôt de nature à préserver la dignité, et ceux plutôt enclins à protéger la démocratie¹³³. Le droit à la vie privée et familiale, le droit de se marier, la liberté de religion,... relèveraient de la première catégorie. L'ingérence dans ceux-ci par un tiers devrait par conséquent être interdite par le juge national – sans quoi l'Etat pour lequel il officie risquerait une condamnation par la Cour – uniquement si elle porte une atteinte principale et fondamentale à la dignité d'une personne privée. Les libertés d'expression, de réunion et d'association, comme le droit aux élections libres, appartiendraient à la seconde catégorie. L'atteinte à un de ces droits par une personne privée ne serait dès lors réprimée que si elle met la démocratie en danger.

b. Les droits fondamentaux

Par ailleurs, si l'on procède à une analyse généralisée des droits en cause dans l'ensemble des arrêts de la Cour, il faut préciser que l'effet diagonal ne s'opérera pas que pour les articles indérogeables qui forment le «*hard-core*» de la Convention bien que leur appartenance au *ius cogens* puisse constituer un argument supplémentaire pour imposer leur respect entre particuliers (b.1.). En réalité, l'effet diagonal s'exerce aussi tant pour les droits dérogeables de

¹³¹ Voy. par exemple, au sujet de l'article 5 de la C.E.D.H. : Cour eur. D. H., *De Wilde, Ooms en Versijp c. Belgique*, arrêt du 10 mars 1972, Publ. Cour. Eur. D.H., Série A, n° 12. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Vogt c. l'Allemagne*, arrêt du 26 septembre 1995, Série A, n° 323, §55. Voy. enfin S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 408 et s.

¹³² Voy. *infra* les considérations au sujet du test de proportionnalité.

¹³³ On admettra aisément la fragilité d'une telle distinction tant les objectifs de démocratie et de dignité (attribut fondamental de la «personnalité» ou de la «nature humaine»), soit l'autonomie collective et individuelle, sont intimement interdépendants et que, par conséquent, chaque droit appartient *in fine* aux deux catégories. La classification marque juste la tonalité dominante du droit en cause.

«caractère privé»¹³⁴ (b.2.) que pour les droits dérogeables de «caractère public»¹³⁵ (b.3.). La jurisprudence de la Cour offre en effet des applications diagonales de la plupart des dispositions de la Convention¹³⁶.

b.1. Les droits 'hard-core'

Ainsi, du droit à la vie, garanti par l'article 2 de la C.E.D.H., la Cour a déduit l'obligation pour l'Etat de procéder à une enquête effective en cas d'homicide commis par un particulier¹³⁷. Dans l'arrêt *Vo c. France*, elle déclara que l'Etat avait l'obligation positive de construire un système judiciaire effectif et indépendant afin d'investiguer les causes de décès des patients, aussi bien dans les hôpitaux publics que privés. L'Etat français avait en l'espèce satisfait à son obligation en offrant une procédure civile par laquelle les victimes pouvaient obtenir une indemnisation de la part de l'auteur privé, et la publication de l'arrêt¹³⁸. On constate des arrêts en ce domaine que les obligations imposées par la Cour aux Etats sont d'ordre procédural (demande d'organiser concrètement des procédures destinées à appliquer les normes prohibitives)¹³⁹, plutôt que d'ordre matériel. En effet, vu son importance, la plupart des violations du droit à la vie sont déjà incriminées dans les codes pénaux nationaux : l'incursion de ce droit fondamental dans les rapports interindividuels est par conséquent déjà largement accomplie.

La Cour européenne des droits de l'Homme a par ailleurs jugé dans l'arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* que l'Etat avait la responsabilité, conformément à l'article 3 de la C.E.D.H., de protéger les enfants contre la maltraitance en milieu familial¹⁴⁰. Cette jurispru-

¹³⁴ A savoir les droits non énumérés dans l'article 15 de la Convention, et qui peuvent souffrir de limitations si ces dernières sont prévues par la loi, poursuivent un but légitime et sont nécessaires dans une société démocratique.

¹³⁵ A savoir les droits non énumérés dans l'article 15 de la Convention, et qui ne s'appliquent traditionnellement que dans la relation que la personne privée entretient avec l'Etat.

¹³⁶ Pour une énumération d'illustrations, voy. également S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 365-367.

¹³⁷ Voy. par exemple, Cour eur. D.H., *Menson c. Royaume-Uni*, décision du 6 mai 2003, www.echr.coe.int.

¹³⁸ Cour eur. D.H., *Vo c. France*, Gr. Ch., arrêt du 8 juillet 2004, §95, www.echr.coe.int.

¹³⁹ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *op. cit.*, p. 363.

¹⁴⁰ Cour eur. D.H., Gr. Ch., *Z. et autres c. Le Royaume-Uni*, arrêt du 10 mai 2001, *Rec.* 2001-V, §73.

dence implique l'obligation d'adopter les mesures nécessaires afin de protéger les individus contre les traitements inhumains ou dégradants dans les relations interpersonnelles¹⁴¹. La conséquence est sans aucun doute que les parents et autres personnes doivent respecter l'article 3 de la Convention vis-à-vis de leurs enfants. Pourtant l'affirmation de cet effet diagonal ne permettra pas aux personnes privées d'invoquer directement l'article 3 contre d'autres personnes privées devant les juridictions pénales internes pour obtenir leur condamnation : le principe de légalité en matière pénale exige des interventions législatives nationales à laquelle la Cour invite généralement dans sa jurisprudence en ce domaine.

De la même façon, dans le récent arrêt *Siliadin c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea que les Etats démocratiques devaient disposer d'une législation pénale qui protège efficacement les victimes, spécifiquement les mineurs et les personnes vulnérables, contre le travail forcé et la servitude auxquelles les soumettent des tiers¹⁴². Par son arrêt, la Cour intégra l'« esclavage domestique », une des formes contemporaines de l'exploitation de la personne, dans le champ de l'interdiction de l'article 4 de la Convention. La requérante en l'espèce était arrivée du Togo en France à l'âge de 15 ans, et avait travaillé sans relâche environ quinze heures par jour auprès de sa « famille d'accueil », sans jour de repos, pendant plusieurs années, sans jamais être payée, sans être scolarisée, sans disposer de papier d'identité et sans que sa situation administrative soit régularisée. Alors que la « famille d'accueil » devait être condamnée par les juridictions internes, la Cour reprocha à l'Etat français l'insuffisance tant de son arsenal répressif (§141 – l'esclavage et la servitude n'étaient pas en tant que tels réprimés par le droit national) que de la qualité de son droit pénal (§147 – les dispositions pénales existantes étaient susceptibles d'interprétations variant largement d'un tribunal à l'autre). S'il existe certes plusieurs conventions internationales qui interdisent les pratiques en cause (§§85-87), il faut bien admettre avec F. Sudre que seul l'article 4 de la C.E.D.H. permet à cette interdiction, par le biais des

¹⁴¹ Voy. également, entre autres : Cour eur. D. H., *Y. c. Royaume-Uni*, rapport du 8 octobre 1991 ; Cour eur. D. H., *Wendy and Jeremy Costello-Robert c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 octobre 1991.

¹⁴² Cour eur. D. H., arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, §142, www.echr.coe.int.

obligations positives imposées aux Etats par la Cour, d'accéder à une véritable « justiciabilité »¹⁴³.

L'effet diagonal de la Convention impose aux Etats l'obligation positive de veiller à l'application des articles 2, 3 et 4 entre personnes privées, en adoptant des mesures tant de nature procédurale (mise en mouvement d'enquêtes et de poursuites effectives) que substantielle (obligation d'incriminer ou interdire civilement la violation du droit¹⁴⁴) : à travers son habituelle interprétation dynamique, la Cour offre en effet une jurisprudence d'une utilité redoutable pour mettre un terme aux lacunes des législations internes¹⁴⁵. Si la privatisation des droits formant le « *hard core* » de la Convention est aujourd'hui largement advenue, il n'en demeure pas moins qu'ils seront rarement invoqués de façon purement horizontale devant les juridictions internes puisque, conformément au principe de sécurité juridique, les législations pénales nationales (voire civiles) assureront désormais le relais dans la protection des droits.

b.2. Les droits dérogeables « de caractère privé »

Les litiges relatifs au respect, entre entités privées, des droits « dérogeables » occupent une place bien plus significative que les précédents dans la jurisprudence de la Cour : le droit à la vie privée ou familiale, le droit à la liberté de religion, le droit à la liberté d'expression, le droit à la liberté de réunion, ... y sont largement appliqués de manière diagonale. Leur importance majorée peut s'expliquer par le fait que, contrairement à ceux formant le « *hard core* », ces droits ne sont généralement pas protégés comme tels dans les droits pénaux, clairs et précis, des Etats parties à la Convention : l'intégration de ces droits « dérogeables » dans les rapports horizontaux s'opère donc plus souvent par le biais de la jurisprudence nationale (conduite le cas échéant à appliquer des législa-

¹⁴³ F. SUDRE, « 'Esclavage domestique' et Convention européenne des droits de l'homme », *JCP – la Semaine Juridique*, n° 42, 19 octobre 2005, p. 10142.

¹⁴⁴ La Cour précise parfois que le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution. Voy. Cour eur. D.H., *X. et Y. c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985 ; Cour eur. D.H., *Tur-Calvelli et Ciglio c. Italie*, arrêt du 17 janvier 2002, §44 ; Cour eur. D.H., arrêt *Öneriyildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, §31 ; Opinion concordante de la Juge TULKENS dans Cour eur. D.H., *M.C. c. Bulgarie*, arrêt du 4 décembre 2003. La Juge Tulkens rappelle le principe essentiel selon lequel l'intervention pénale doit demeurer, « en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire (...) ».

¹⁴⁵ F. SUDRE, « 'Esclavage domestique' et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1958.

tions civiles à «géométrie variable», telles les législations anti-discrimination) ou, à défaut et après épuisement des voies de recours internes, de la jurisprudence européenne.

Nous avons constaté l'effet diagonal du droit à la vie privée et à la vie familiale dans les arrêts *Van Kück c. Allemagne* et *Pla et Puncernau c. Andorre*¹⁴⁶, et celui du droit à la liberté d'expression dans l'arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne*¹⁴⁷. Les articles 8 et 10 de la Convention sont en réalité soumis à un effet diagonal considérable¹⁴⁸. Dans l'affaire *Appleby c. Royaume-Uni*, la Cour jugea toutefois que l'Etat n'avait pas d'obligation positive de contraindre un grand centre commercial à tolérer les actions et expressions des personnes privées. Nous y reviendrons ultérieurement.

Dans la décision *Stedman c. Royaume-Uni*, vivement critiquée, la Commission européenne des droits de l'Homme refusa de reconnaître un effet diagonal à la liberté de religion dans la relation de travail exposée¹⁴⁹. En l'espèce, une salariée avait reçu son préavis d'une entreprise privée suite à son rejet d'un nouveau contrat de travail qui l'obligeait à travailler le dimanche. La requérante avait argumenté que, pour des raisons religieuses, elle ne pouvait accepter ces nouvelles conditions. La Commission jugea curieusement qu'il n'y avait pas d'ingérence dans la liberté religieuse de la requérante par l'employeur privé, mais qu'il s'agissait exclusivement d'un conflit au sujet des heures de travail qu'elle avait refusé de respecter. Elle estima en outre qu'on ne pouvait attendre du Royaume-Uni qu'il ait une législation qui protège les employés contre les licenciements opérés par les employeurs privés dans ces circonstances¹⁵⁰. En conséquence, sans exclure que la liberté de religion puisse s'appliquer entre particuliers, on ne pouvait *in casu* reprocher ni au juge, ni au législateur, d'avoir failli à une quelconque obligation

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., *Van Kück c. Allemagne*, arrêt du 12 septembre 2003, *Rec.* 2003-VII; Cour eur. D.H., *Pla et Puncernau c. Andorre*, arrêt du 13 juillet 2004, www.echr.coe.int.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, arrêt du 29 février 2000, *Rec.* 2001-VI, §38, D., 2001 (jur.), p. 574, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY; *Mediaforum*, 2000, p. 293, obs. E. VERHULP.

¹⁴⁸ Voy. les exemples cités par S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *op. cit.*, pp. 365-367.

¹⁴⁹ Dans le même sens, voy. Comm. eur. D.H., n° 8160/78, mars 1981, *Ahmad c. Royaume-Uni*, 4 E.H.H.R., p.128; Comm. eur. D. H., 2 décembre 1996, *Konttinen c. Finlande*, DR, 87-B, p. 68.

¹⁵⁰ Comm. eur. D. H., n° 29107/95, 9 avril 1997, *Stedman c. Royaume-Uni*, 23 EHRR CD, p. 168; voir aussi G.S. MORRIS, «Fundamental rights: Exclusion by agreement?», *Ind. L.J.* 2001, pp. 59 et s.

positive. De façon plus générale, rares sont les arrêts qui mentionnent l'effet diagonal de l'article 9 de la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, sans affirmer expressément l'effet diagonal de la liberté de religion, la Cour donna raison aux requérants qui se plaignaient notamment de la passivité de l'Etat alors qu'ils avaient été agressés par des individus qui voulaient les empêcher de pratiquer leur culte¹⁵¹.

30. Le droit à la liberté de réunion et d'association comporte une dimension implicitement horizontale. Dès lors qu'on part du principe que l'un de ses aspects essentiels est la liberté syndicale, l'exigence qu'il s'exerce entre particuliers s'impose en effet naturellement. Dans l'arrêt *Wilson c. Royaume-Uni*, la Cour reconnut que la responsabilité des Etats serait engagée si les faits litigieux résultaient d'un manquement de leur part à garantir aux requérants en droit interne la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention. Dans cette affaire, les employeurs avaient déclaré cesser de reconnaître des syndicats pour les besoins de la négociation collective, et avaient offert des conditions d'emploi plus favorables aux salariés acceptant de ne pas être représentés par ces syndicats. La Cour constata une violation de l'article 11 de la Convention¹⁵². Plus récemment, dans une affaire qui opposait les requérants *Sorensen et Rasmussen* au Danemark, la Cour jugea en Grande Chambre que violaient le droit négatif d'association découlant de l'article 11 de la Convention les accords de monopole syndical avant l'embauche : ceux-ci disposent en effet que l'employeur s'engage à ne recruter et n'employer que des personnes membres du syndicat partie à la convention collective conclue par l'entreprise¹⁵³.

b.3. Les droits dérogeables «de caractère public»

La privatisation des droits dérogeables dits «de caractère public» a également été consacrée par la Cour. L'article 5 de la Convention, qui garantit le droit à la liberté et à la sécurité, prévoit limitative-

¹⁵¹ Cour eur. D.H., *Affaire Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, arrêt du 13 décembre 2001.

¹⁵² Cour eur. D. H., *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 juillet 2002, *Rec.* 2002-V, §41.

¹⁵³ Cour eur. D. H., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 11 janvier 2006 (Gr. Ch.), §58. Voyez, sur cet arrêt : J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, «Le modèle syndical danois terrassé par le droit d'association négatif. A propos d'un arrêt de la Cour EDH (Grande Chambre) du 11 janvier 2006», *Droit social*, n° 11, 2006, pp. 1022-1025.

ment des hypothèses dans lesquelles l'Etat peut restreindre la liberté selon des voies légales. Dans l'arrêt *Storck c. Allemagne*, la Cour se prononça sur l'hospitalisation du requérant conduit par sa famille dans un hôpital psychiatrique privé¹⁵⁴. Selon l'hôpital, Storck avait donné un consentement implicite à son hospitalisation. La Cour européenne des droits de l'Homme jugea cependant qu'en l'espèce, la preuve de pareil consentement était inexistante. Traitant l'affaire sous l'angle de l'obligation positive de l'Etat à protéger la liberté des personnes dans leur interactions privées, la Cour constata une violation de l'article 5 de la Convention du fait que l'Etat allemand n'avait pas suffisamment contrôlé les conditions que le personnel hospitalier devait réunir pour procéder à l'hospitalisation régulière de Storck¹⁵⁵.

L'article 6 de la Convention est traditionnellement invoqué contre l'Etat qui est responsable de l'organisation du système de justice. Dans la décision *Dmitrijevs c. Lettonie*, le requérant reprochait toutefois à une société éditrice privée d'avoir, par la publication d'un livre, porté atteinte à la présomption d'innocence. Sans exclure que l'article 6, §2 de la Convention puisse créer, dans le chef des Etats contractants, certaines obligations positives tendant à protéger la personne contre les atteintes d'un tiers, la Cour déclara toutefois la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes^{156 157}.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H., *Storck c. Allemagne*, arrêt du 16 septembre 2005, §89 et §§101-103, www.echr.coe.int.

¹⁵⁵ En énonçant clairement l'obligation positive de l'Allemagne, sous l'angle de l'article 5 de la Convention, de garantir la liberté et la sécurité dans les rapports interindividuels, l'arrêt *Storck* va plus loin que l'arrêt *Riera Blume et autres c. Espagne*. Dans ce dernier arrêt en effet, la Cour estima que la séquestration, dans un hôtel, d'individus engagés dans une secte pouvait engager la responsabilité de l'Etat défendeur dès lors que la séquestration des requérants par les membres de leur famille avait été réalisée grâce à la coopération de la police : celle-ci avait assuré le transfert et la garde des requérants dans l'hôtel. L'intervention d'un organe étatique rendait évidente l'imputation de la violation à l'Etat défendeur. Cour eur. D.H., *Riera Blume et autres c. Espagne*, arrêt du 14 octobre 1999, §§33-35, www.echr.coe.int. Pour rappel, constatez également l'évolution depuis l'arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988.

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., req. n° 62390/00, *Dmitrijevs c. Lettonie*, décision du 7 novembre 2002.

¹⁵⁷ Dans l'arrêt *Cambell et Fell c. Royaume-Uni*, la Cour conçoit que les garanties d'indépendance et d'impartialité soient observées par une juridiction arbitrale, par définition non intégrée au système étatique. Voy. Cour eur. D.H., *Cambell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A, n° 80, §76. Très récemment, voy. également : Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *Ramanauskas c. Lituanie*, arrêt du 5 février 2008. La Cour estime que les autorités nationales ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité pour les agissements de policiers qui ont commis des actes de « provocation » en se bornant à invoquer le fait que ceux-ci, bien qu'accomplissant des actes de nature policière, auraient agi « à titre privé ». Ainsi, les droits fondamentaux doivent être respectés par les particuliers qui s'investissent activement dans la recherche des preuves.

En conclusion de ce point A., vu l'interprétation évolutive et dynamique de la Convention¹⁵⁸, il faut probablement considérer, contrairement aux affirmations de certains auteurs, qu'aucun droit n'échappe *a priori* ou par nature à la privatisation de la Convention^{159/160}.

2. – Facteur d'intensité de l'effet diagonal : variations selon le domaine d'application

Le domaine où la disposition de la Convention est appliquée semble déterminant dans l'exercice de l'effet diagonal. Deux questions enchevêtrées traversent la démonstration. Premièrement, l'assimilation possible ou non entre l'entité privée et l'autorité publique permettrait de justifier pourquoi telle entité privée est tenue de respecter un droit fondamental dans tel contexte alors que telle autre ne le serait pas ou, à tout le moins, serait obligée dans une moindre intensité¹⁶¹.

¹⁵⁸ A. Clapham précise que l'interprétation de la Convention doit être « forward looking » et contextuelle, plutôt que « backward looking » et positiviste. A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, 1993, p. 134.

¹⁵⁹ On pourrait parfaitement imaginer que, dans le futur, la Cour soit saisie d'une violation de l'article 7 de la C.E.D.H. du fait que l'Etat défendeur n'aurait pas garanti son respect par les entités privées. En effet, à la suite des privatisations des fonctions de contrôle de paiement de parking, il ne serait pas impossible que les entreprises contrôleuses infligent, en l'absence de toute réglementation claire et précise, des amendes à ceux qui ne paient pas leur parking en ville. Le principe « nulla poena sine lege » pourrait également être légitimement imposé par l'Etat en matière de sanctions privées résultant des relations disciplinaires entre un groupement et ses membres. De même, on pourrait imputer à l'Etat la responsabilité de ne pas avoir pu empêcher un employeur privé d'obliger ses travailleurs à être présents dans l'entreprise pendant les élections, d'une façon telle qu'ils ne puissent pas aller voter, privés par conséquent de leur droit consacré dans l'article 3 du Protocole n° 1 à la C.E.D.H.

¹⁶⁰ *A contrario*, D. Spielmann estimait, dans les années '90, que certaines dispositions, de par leur nature même, ne s'adressaient qu'aux autorités publiques et ne pouvaient donc s'appliquer entre particuliers. Voy. D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 161 et s.; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 37-38. Il pointait les articles 4, 2° et 3°, 5, 7, 12 de la Convention; l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention; les articles 1, 2, 3 et 4 du 4^{ème} Protocole additionnel à la Convention; ainsi que l'article 1^{er} du 7^{ème} Protocole à la Convention. La jurisprudence advenue jusqu'à ce jour lui a donné tort pour certaines dispositions. D'autres auteurs précisaient que l'effet diagonal dépendait de la nature et de la formulation de chaque droit de la C.E.D.H. (P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention*, op. cit., p. 26) et pourrait s'appliquer de manière différente selon les uns ou les autres. A. CLAPHAM, « The 'Drittwirkung' of the Conventions », in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1993, pp. 178-179. Nous reviendrons sur ce dernier point.

¹⁶¹ Ainsi, comment expliquer en la matière l'issue différente de l'arrêt *Fuentes Bobo* en comparaison avec l'arrêt *Appleby*? Pour une brève évocation de ces arrêts, voy. *supra*, n° 15 et 28. Pour un retour sur l'arrêt *Appleby*, voy. *infra*, n° 51.

Deuxièmement, si *a priori*, tous les droits fondamentaux peuvent s'appliquer entre personnes privées, le caractère intime de la sphère dans laquelle ils sont invoqués pourrait faire obstacle à l'effet diagonal de certains d'entre eux.

Dans l'arrêt *Fuentes Bobo*, la Cour avait paré l'un des cocontractants de «tous les attributs de l'intérêt général» : on aperçoit en effet une certaine confusion entre le caractère public ou privé de la Télévision espagnole partiellement privatisée pour laquelle travaillait Fuentes Bobo¹⁶². Dans l'arrêt *Van Kück*, le juge allemand faisait pertinemment remarquer la similarité des systèmes entre assurance privée et sécurité sociale en Allemagne. Un paramètre similaire fut mis en exergue dans l'arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* où la Cour, après avoir rappelé qu'«au Royaume-Uni les écoles privées coexistent avec les écoles publiques» et que «le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves des unes comme des autres, sans aucune distinction», a clairement énoncé que «l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers»¹⁶³. Enfin, J. Mouly et J.-P. Marguénaud observent, au sujet de la décision *Madsen*, qu'un capitaine d'un navire en pleine mer dispose d'un pouvoir relatif au maintien de la sécurité à bord qui sur la terre ferme relèverait de la compétence des autorités publiques¹⁶⁴. Il en va de même pour une centrale nucléaire (arrêt *Wretlund*) grevée de la responsabilité, parfaitement équivalente à celle d'un Etat, de protéger la collectivité des risques nucléaires alors même que cette dernière n'est pas contractuellement liée à l'exploitant¹⁶⁵.

On pourrait déduire de cette jurisprudence que les droits de l'Homme joueront généralement un rôle diagonal important dans les conflits où une personne dispose d'un pouvoir significatif et effectue une tâche d'intérêt général, comparable à celle exercée d'ordinaire par l'Etat. La liberté de principe des parties privées s'oppose en l'occurrence moins au devoir de respect de la Conven-

¹⁶² Voy. Cour eur. D. H., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, D., 2001, jur. p. 574, note J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁶³ Cour eur. D.H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, Série A, n° 247-C, § 27.

¹⁶⁴ J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, «L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité», D., 2005, p. 37.

¹⁶⁵ J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 37.

tion que dans les conflits «purement horizontaux»¹⁶⁶. Peut-être même devrait-on considérer que, par la transposition à certains de ces conflits du contrôle de «proportionnalité classique»¹⁶⁷, la Cour indique en réalité que les droits fondamentaux doivent parfois y être appliqués exactement de la même manière que dans la relation de l'individu à l'Etat.

Dans l'arrêt *Pla et Puncernau*, on observe pourtant une situation bien différente : indirectement, la Cour soumet au respect des articles 8 et 14 de la C.E.D.H. le domaine des testaments et des successions considéré comme éminemment privé et intime¹⁶⁸. Le juge Garlicki, dans son opinion dissidente, avait d'ailleurs estimé que le principe qui devait régir ces matières était le respect de la liberté des individus, les droits de l'Homme ne devant y jouer qu'un rôle marginal.

Nous pourrions, à ce stade, formuler une double observation. Premièrement, lorsque l'agent privé ayant porté atteinte au droit d'un particulier s'apparente, par ses pouvoirs, à une autorité publique, la Cour estimera aisément que l'Etat avait l'obligation positive de garantir le droit fondamental, quel qu'il soit, dans les relations entre ces personnes privées. En revanche, à notre avis, l'obligation positive de l'Etat de veiller au respect des droits fondamentaux dans la sphère strictement privée (sphère intime ou familiale) devra être infiniment plus étroite : seuls les droits indérogeables – voire, dans certains cas extrêmement limités (testament), les principes fondamentaux sous-jacents aux droits dérogeables – auront vocation à s'imposer dans les relations purement privées où une plus grande attention est réservée au maintien étendu de la liberté des

¹⁶⁶ A. MC BETH, «Privatising human rights : what happens to the state's human rights duties when services are privatised?», *M.J.I.L.*, 2004, p. 143 ; D.M. CHIRWA, «The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights», *M.J.I.L.*, 2004, p. 11.

¹⁶⁷ Voy. les arrêts *Madsen* et *Fuentes Bobo*, n° 16.

¹⁶⁸ En Allemagne, le principe directeur suivi par les juges est que les droits fondamentaux ne s'appliquent pas aux successions, considérant qu'elles appartiennent au domaine de la liberté de choix dans le cercle intime de la famille. Voy. Bundesgerichtshof, 28 janvier 1956, *Fam RZ*, 1956, p. 130 ; Oberlandesgericht Düsseldorf, 2 mars 1988, *N.J.W.*, 1988, p. 2615 ; Bundesgerichtshof, 2 décembre 1998, *N.J.W.*, 1999, p. 566 ; Bundesgerichtshof 2 décembre 1998, *N.J.W.*, 1999, p. 566. Voy. aussi S. SMID, «Schranken der Testierfreiheit aus § 138 I BGB», *N.J.W.*, 1990, pp. 409-417. On pourrait toutefois estimer que le champ des successions, à l'instar du domaine du logement ou de l'emploi, doit être considéré comme d'intérêt «quasi-public» : en effet, il s'agit chaque fois de distribuer des biens rares que sont le logement, l'emploi ou l'argent. Ainsi, en Irlande du Nord, le patrimoine du défunt appartiendra à ses héritiers uniquement si ceux-ci sont en état de nécessité. Dans les autres cas, la succession reviendra à l'Etat.

particuliers¹⁶⁹. Entre ces deux extrêmes (activité «éminemment publique» et activité «éminemment privée»), il faudra naturellement identifier des niveaux intermédiaires. Nous y procéderons ultérieurement.

Deuxièmement, alors que l'effet diagonal des droits indérogeables s'opère essentiellement par l'obligation positive à charge du législateur, l'effet diagonal des droits dérogeables de «caractère privé» s'accomplira souvent par le biais d'une obligation positive à charge du juge : dans cette dernière hypothèse et pour des raisons évidentes de sécurité juridique, ce sont surtout les principes généraux sous-jacents à ces droits dérogeables qui auront vocation à s'appliquer entre particuliers.

3. - Transposition aux entités privées de la trilogie des obligations étatiques (respecter, protéger, pourvoir)

L'effet diagonal est toujours envisagé par la Cour européenne des droits de l'Homme comme créant indirectement des obligations négatives à charge des individus, contraignant les personnes privées à s'abstenir de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui. Mais rien ne s'opposerait à ce que la Cour ne dégage explicitement des obligations positives (réaliser les droits d'autrui ou veiller à leur respect entre tiers) que les Etats seraient tenus d'imposer aux entités privées par le biais, essentiellement, de législations nationales¹⁷⁰.

A notre connaissance, seule la Commission européenne des droits de l'Homme aborda frontalement la question sous cet angle. Dans sa décision *Hughes c. Royaume-Uni*¹⁷¹, elle jugea que la nature spéciale des obligations positives sous l'angle de l'article 2 de la C.E.D.H. ne pouvait être simplement transférée aux individus à l'échelle nationale : formulé en d'autres termes, les corps privés ne pouvaient être obligés de fournir des mesures préventives et de pro-

¹⁶⁹ Selon A. Clapham : «The European Convention on Human Rights does not attempt to rewrite the law of murder, rape, (...), divorce, child care, privacy, etc.; what it does is guarantee a minimum degree of protection». A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, op. cit., p. 355.

¹⁷⁰ Voy. en ce sens : D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 155-156.

¹⁷¹ Comm. eur. D.H., req. n° 11590/85, décision *Hughes c. United Kingdom* du 18 juillet 1986.

tection d'ordinaire imposées à l'Etat^{172 173}. Dans cette affaire, alors que le mari souffrant de la requérante retourna ponctuellement à la Haute Ecole de Manchester (école privée) afin d'y percevoir son salaire, il mourut sur place, brusquement, d'une occlusion coronarienne. Estimant que les soins d'urgence n'avaient pas été accomplis par le corps professoral, l'épouse du défunt reprocha à l'Etat britannique de ne pas avoir adopté de législation qui permette de remédier à la négligence des individus en leur imposant de prendre des actions promptes dans de telles circonstances. L'enseignement à tirer de la décision de la Commission en matière d'obligations positives à destination des tiers est néanmoins incertain. En effet, en l'espèce, c'est principalement parce que l'existence de pareille législation «préventive» n'aurait, en soi, pas été de nature à éviter le drame qui s'est produit que la Commission refusa de déduire de l'article 2 de la C.E.D.H. une responsabilité pour omission à l'égard des personnes privées : un problème d'imputabilité à l'Etat se posait *in casu*.

C'est un raisonnement similaire qui conduit la Cour, cette fois, à rejeter la volonté du requérant *Botta* de fonder sur l'article 8 de la C.E.D.H. une obligation pour les Etats de contraindre les acteurs privés à mettre en œuvre «des accommodements raisonnables» permettant l'accès aux loisirs de personnes handicapées¹⁷⁴. Sans la qualifier nommément comme telle, c'est le transfert d'une «obligation positive» (celle de réaliser le droit à l'égalité) sur la per-

¹⁷² A. CLAPHAM, «The 'Drittwirkung' of the Convention», dans R.St.J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 178.

¹⁷³ De la même manière, A. Clapham déclara que «Private bodies are not obliged to provide the sort of protection and preventive measures which the State can be called on to implement. In other words private persons are prohibited from torturing under Article 3 but are not obliged to provide armed protection or health care to secure the right to life». A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1993, p. 205.

¹⁷⁴ Cour eur. D.H., *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998, Rec. 1998-I. L'arrêt *Botta* avait d'abord confirmé que l'article 8 de la C.E.D.H. ne se contentait pas de commander à l'Etat de s'abstenir d'ingérences arbitraires : à cet engagement négatif pouvaient s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale, et ce jusque dans les relations des individus entre eux. En l'espèce, le requérant, personne handicapée, demandait de pouvoir accéder pendant ses vacances à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle ; en d'autres termes, de bénéficier de mesures adaptées à sa situation particulière. Il pointait le manquement de l'Etat à ses obligations positives d'adopter des mesures et d'exercer des contrôles sur le respect des dispositions internes relatives aux établissements de bains privés ; en résultait, selon lui, une discrimination dans son droit de pouvoir jouir d'une vie relationnelle normale qui lui permette de participer à la vie de la collectivité (combinaison des articles 8 et 14 de la Convention).

sonne privée qui était à nouveau soulevée. La Cour jugea toutefois, de façon critiquable, qu'aucun lien direct et immédiat entre les mesures exigées de l'Etat et la vie privée de l'intéressé n'était établi ici, et que les relations interpersonnelles ayant un contenu trop ample ou trop indéterminé ne pouvaient pas toujours emporter la responsabilité de l'Etat. A la lumière de sa jurisprudence subséquente, il ne serait toutefois pas étonnant que la Cour impose à l'avenir aux Etats d'adopter des législations contraignant certains acteurs privés à adopter des «aménagements raisonnables» ou des actions positives inclusives au bénéfice de groupes vulnérables.

En effet, la Cour se prononça encore à trois reprises sur l'obligation de fournir des aménagements raisonnables au bénéfice de personnes souffrant d'un handicap. Bien que ne concernant que les obligations positives à charge de l'Etat en ce domaine (et non celles que celui-ci devrait, le cas échéant, faire peser sur les personnes privées), les arrêts *Marzari c. Italie*¹⁷⁵, *Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque*¹⁷⁶, et *Nikky Sentges c. les Pays-Bas*¹⁷⁷ sont intéressants pour notre propos en ce qu'ils confirment, tout en le précisant, le test d'applicabilité de l'article 8 de la C.E.D.H. élaboré dans l'arrêt *Botta*. Outre l'exigence d'un «lien direct et immédiat» entre les mesures exigées de l'Etat et la vie privée et/ou familiale de l'intéressé, la Cour réitère avec constance le fait que les efforts requis des autorités publiques ne doivent pas être disproportionnés, afin qu'une juste balance soit sauvegardée entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble¹⁷⁸. O. De Schutter relève que c'est probablement pour cette dernière raison de nature «institutionnelle», plus que pour tout autre motif «substantiel» que la Cour s'est montrée réticente à imposer des obligations positives aux Etats en ce domaine¹⁷⁹ : sa crainte que les limites aux «aménagements raisonnables» ne soient pas claires et conduisent à des dépenses illimitées pour les Etats, l'aurait guidée dans ses décisions successives.

Prenant acte de ces paramètres, on ne doit pas exclure, en théorie, que la Cour puisse dans le futur condamner, sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., les Etats qui n'auraient pas adopté de législations imposant, tant aux employeurs publics que privés, l'obligation positive d'aménager le lieu de travail au bénéfice des personnes handicapées, dès lors que (raisonnant par analogie) cela ne constituerait pas une charge disproportionnée pour les entreprises concernées¹⁸⁰. Plu-

sieurs arguments plaident en ce sens. Premièrement, on pourrait aisément défendre que l'absence de pareilles législations viole l'article 8 puisque, censées adapter l'environnement de travail aux besoins d'une personne handicapée jouissant de parfaites compétences pour occuper le poste, elles présentent un «lien direct et immédiat» avec les activités quotidiennes de l'individu, et *ipso facto*, son droit à la vie privée¹⁸¹. Deuxièmement, rendus obligatoires par la directive 2000/78/CE¹⁸² pour les employeurs œuvrant au sein de l'Union européenne, les aménagements raisonnables ne doivent être organisés par ces derniers que dans la mesure du caractère admissible de leurs coûts : cette condition satisfait à l'objection «institutionnelle» de la Cour en ce domaine. Sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., la Cour pourrait dès lors contraindre chaque Etat défendeur membre du Conseil de l'Europe à adopter une législation nationale dans les mêmes «limites budgétaires» que celles tracées par l'Union européenne.

La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait par ailleurs estimer que les Etats pris en défaut de mettre en œuvre pareille norme violeraient leurs obligations positives découlant du Protocole n° 12 à la Convention. Le Protocole n° 12, ouvert à la signature le 4 novembre 2000, établit un droit autonome d'être libre de toute discrimination : dans le chef des Etats pour lesquels le Protocole est entré en vigueur¹⁸³, le droit à la non-discrimination s'appliquera désormais à la jouissance des droits tant civils et politiques, qu'économiques et sociaux, sans qu'il faille faire le détour par l'article 8 de la Convention ou toute autre disposition le cas échéant combinée avec l'article 14 de la C.E.D.H. Le Rapport explicatif mentionne que l'imposition d'obligations positives aux Etats «peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'Etat»¹⁸⁴. Il est indiqué en conclusion du Rapport que toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'Etat a une certaine responsabilité (par exemple : le refus arbitraire d'accès au travail, aux restaurants ou à d'autres ser-

¹⁸¹ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 58 et 62. Voy. également : Cour eur. D.H., *Marzari c. Italie*, arrêt du 4 mai 1999; Cour eur. D.H., *Nikky Sentges c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juillet 2003.

¹⁸² Voy. article 5 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O.C.E., L 303 du 2 décembre 2000, p. 16 (la directive «horizontale» devait être intégrée dans les législations nationales avant le 2 décembre 2003).

¹⁸³ Il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005. Au 31 mars 2006, on recensait 13 Etats ayant ratifié le Protocole n° 12 et 22 l'ayant signé sans ratification. Parmi d'autres Etats, le Royaume-Uni comme la Suède ont exprimé leur réticence majeure à signer et à ratifier ce protocole, notamment en raison de son très vaste champ d'application (comprenant la question de l'étendue de la responsabilité d'un Etat pour l'interdiction de la discrimination entre particuliers). En effet, dans la plupart des Etats Parties, le Protocole sera directement applicable par les juridictions internes. Par ailleurs, il étendra magistralement le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme (il ne fait guère de doute que la dimension de contrôle judiciaire supranational a accru les difficultés des négociations pendant la préparation du Protocole).

¹⁸⁴ Voy. § 26 du Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 177). C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., *Marzari c. Italie*, arrêt du 4 mai 1999, req. n° 36448/97.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H., req. n° 38621/97, *Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque*, décision du 14 mai 2002.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., *Nikky Sentges c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juillet 2003, req. n° 27677/02.

¹⁷⁸ O. DE SCHUTTER, «Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights», dans *Equality and Disability: The Protection of Persons with Disabilities from Discrimination*, (O. DE SCHUTTER et G. QUINN, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39.

¹⁷⁹ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁰ Voy. en ce sens O. DE SCHUTTER, *op. cit.*

vices)¹⁸⁵. La question se pose alors de savoir si les obligations positives à adopter par les États pour garantir la «liberté de toute discrimination» ne devront pas s'étendre au-delà de mesures destinées à empêcher et réprimer les actes de discrimination directe ou indirecte infligés entre particuliers; ainsi, en irait-il d'une obligation positive d'adopter des législations imposant aux employeurs de mettre en œuvre des «aménagements raisonnables» ou des «actions positives» dans les entreprises relevant tant du secteur public que privé.

Il faut certes constater que le Protocole n° 12 n'offre aucune protection explicite à l'action positive: il n'encourage et, *a fortiori*, n'exige pas l'adoption de tels dispositifs par les États¹⁸⁶. En revanche, et c'est important, le Rapport explicatif ajoute que plusieurs instruments internationaux obligent les États à adopter des mesures positives¹⁸⁷, et le Protocole n° 12 ne peut à l'évidence restreindre les obligations contractées sous les autres traités.

Il appartiendra à la Cour d'interpréter le Protocole n° 12 à l'aune de ses paragraphes préambulaires et de décider si, à l'instar de l'État, les acteurs privés seront soumis plus uniquement à l'obligation («négative») de respecter le principe de non discrimination, mais également à celle de promouvoir une «égalité substantielle» dans l'emploi. En conséquence, on pourrait imaginer qu'un État passif face à la sous-représentation, dans un secteur professionnel, de personnes handicapées ou de membres qualifiés de tels groupes ethniques soit condamné par la Cour: non doté de législation imposant des «aménagements raisonnables» et/ou des «actions positives» aux acteurs économiques privés, il aurait en effet failli à son obligation positive consistant à tout mettre en œuvre pour qu'il soit remédié aux inégalités, y compris dans les rapports que les individus nouent entre eux^{188 189}.

¹⁸⁵ Voy. § 27 du Rapport explicatif. Voy. J. SCHOKKENBROEK, «Renforcement de la protection européenne contre la discrimination: le nouveau Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Actualité et Droit International*, octobre 2001 (www.ridi.org/adi).

¹⁸⁶ Le Rapport explicatif du Protocole n° 12, se référant au 3^{ème} paragraphe du Préambule, mentionne que «le fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisés ou l'existence de certaines inégalités de fait, peut constituer une justification pour l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, sous réserve que le principe de proportionnalité soit respecté». Il poursuit toutefois en soutenant que «le présent protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures. En effet, une telle obligation de caractère programmatique s'accommoderait mal du caractère global de la Convention et de son système de contrôle, qui sont fondés sur une garantie collective des droits individuels énoncés en des termes suffisamment spécifiques pour être justiciables».

¹⁸⁷ Voy. § 16 du Rapport.

¹⁸⁸ Voy. en ce sens O. DE SCHUTTER, «L'action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe», dans M. MARTINIELLO (dir.), *Affirmative action: des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Presses univ. de Liège, 2004, pp. 127 et s.; D. THARAUD et V. VAN DER PLANCKE, «Imposer des «discriminations positives» dans l'emploi: vers un conflit de dignités?», dans S. GABORIAU et H. PAULAT (dir.), *Justice éthique et dignité*, Limoges, PULIM, 2006, pp. 177-240, §§ 40 à 42.

¹⁸⁹ La «valeur ajoutée» d'une telle posture de la Cour pour les États parties à la Convention membres également de l'Union européenne, résiderait d'abord dans le déplacement d'une admissibilité de l'action positive dans l'emploi vers une obligation. En effet, tant la directive 2000/43/CE que la directive 2000/78/CE se limitent à évoquer que l'action positive est admissible: voy. l'article 5 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre

Plus généralement, la Cour européenne des droits de l'Homme ne sera-t-elle pas conduite, à l'avenir, à imposer indirectement, des obligations positives aux personnes morales privées en fonction de leur pouvoir financier et d'influence? Pour des raisons de sécurité juridique, cette imposition d'obligations positives sur l'entité privée se ferait principalement par le biais d'une législation nationale dont l'adoption serait requise par la Haute Juridiction¹⁹⁰. Toutefois, la jurisprudence actuelle de la Cour en ce sens est, pour le moins, peu étoffée. Dans plusieurs arrêts, la Cour condamna des États qui n'avaient pas pris les mesures utiles pour garantir une protection effective des victimes affectées par la pollution découlant de l'exploitation d'une usine privée ou du bruit excessif des aéroports. L'arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* constatait ainsi la rupture d'équilibre entre l'intérêt du bien-être économique d'une personne morale de droit privé (une station d'épuration) et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de sa vie privée¹⁹¹. En l'espèce, la Commission avait notamment estimé que les émanations de sulfure d'hydrogène provenant de la station dépassaient le seuil auto-

du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O.C.E., L 180 du 19 juillet 2000, p. 22 (à transposer par les États membres dans leur législation avant le 19 juillet 2003); l'article 7, § 1^{er} de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (interdiction de la discrimination sur la base de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle), J.O.C.E., L 303 du 2 décembre 2000, p. 16. Mais la valeur ajoutée pourrait ensuite résider également dans l'extension éventuelle de cette obligation à d'autres sphères que le marché du travail, quel que soit le groupe bénéficiaire identifié (seuls les groupes ethniques peuvent actuellement, selon la directive 2000/43/CE, bénéficier des actions positives dans d'autres sphères de la vie). De la même façon, la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait contribuer à l'exportation de l'obligation de procéder à des «aménagements raisonnables» en dehors du secteur de l'emploi. En effet, vu l'interdépendance des différentes sphères de la vie, l'absence de tels dispositifs dans l'une (éducation, logement, emploi...) risquerait d'entraîner inévitablement des discriminations dans les autres. Voy. en ce sens: O. DE SCHUTTER, «Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights», op. cit., pp. 61-62. L'auteur renvoie au Commentaire général n° 5 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc E/1995/22, pp. 99-109, § 22: «It is very often the physical barriers that society has erected in areas such as transport, housing and the workplace which are (...) cited as the reason why persons with disabilities cannot be employed».

¹⁹⁰ Mais il ne faudrait pas exclure non plus qu'elle puisse éventuellement s'opérer par le biais de l'obligation positive infligée par la Cour au juge national quand ce dernier est confronté à la promotion d'un droit fondamental par une entité monopolistique: le monopole devrait pouvoir prévoir ou, tout le moins, ne pas s'étonner que des obligations positives de «réaliser» les droits lui soient infligées au vu de sa position «plénipotentiaire». L'argument de la sécurité juridique pourrait donc être relativisé en l'espèce.

¹⁹¹ Cour Eur. D.H., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994. Dans cette affaire concernant la pollution par les bruits et les odeurs d'une station d'épuration, la Cour jugea que «des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée».

risé. Bien que la décision de la Commission n'y référerait pas explicitement, on peut en déduire l'obligation pour la station de prendre des mesures positives pour améliorer la situation. L'arrêt *Halton c. Royaume-Uni* se limite pour sa part à aborder les plans et réglementations à adopter par l'Etat, sans nullement évoquer la question d'éventuelles obligations positives pesant sur l'aéroport¹⁹².

C. – SYNTHÈSE ET MISE EN ŒUVRE PAR LES ETATS
DE L'OBLIGATION DE «PRIVATISATION»
DE LA CONVENTION IMPOSÉE PAR LA COUR

Un «effet diagonal» est avéré quand, d'une disposition de la Convention, sont reconnus au bénéfice d'individus des droits qui doivent aussi être respectés par d'autres particuliers, et cela généralement sur la base d'une obligation positive des Etats de prendre toutes les mesures pour rendre effectif l'exercice desdits droits. On a pu observer que la jurisprudence de la Cour offre des applications diagonales de la plupart des dispositions de la Convention. Quant à la question de savoir si l'intensité de cet effet devait varier selon le domaine d'application, on y a répondu par l'affirmative : l'obligation positive de l'Etat de garantir le respect des droits fondamentaux entre personnes privées variera selon que l'entité privée dispose d'un pouvoir effectif ou effectue une tâche générale, ou qu'au contraire, elle agit dans la sphère strictement privée. Enfin, on a constaté que, jusqu'à ce jour, la Cour n'affirme indirectement que des obligations négatives entre individus ; on a toutefois ajouté que, dans le contexte du Protocole n° 12 notamment, des décisions futures de la Cour pourraient conduire le législateur national à faire peser des obligations positives sur les individus.

L'obligation de protection des droits fondamentaux entre particuliers, découlant de la jurisprudence de la Cour, s'impose aux trois

¹⁹² Cour eur. D.H., arrêt *Halton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, §98. La Cour y jugea que si les atteintes commises par les aéroports sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile. La Cour avait déjà déclaré applicable l'article 8 dans une affaire similaire, l'arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 février 1990, série A n° 172, §40), car «le bruit des avions de l'aéroport de Heathrow a[vait] diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer [de chacun] des requérants». Sur ces décisions, voy. A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford Hart, 2004, pp. 182-186. Plus récemment encore, sur les nuisances sonores provoquées par les vols d'avion, voy. Cour eur. D.H., req. n° 39561/98, décision *Ashworth et autres c. Royaume-Uni* du 20 janvier 2004 (décision d'irrecevabilité).

pouvoirs de l'Etat¹⁹³. Faire pénétrer les législations et jurisprudences nationales (par l'effet direct conféré aux traités) des droits fondamentaux est une façon évidente de leur octroyer une effectivité pratique authentique et réelle¹⁹⁴.

Toutefois, l'intervention du législateur est la seule possible quand la Cour contraint explicitement les Etats à recourir à l'instrument pénal¹⁹⁵ qui, au nom du principe de légalité, doit être clair et prévisible : tel est souvent le cas lorsqu'elle confère un «effet diagonal» à un droit indérogeable¹⁹⁶. L'intervention législative s'imposera également lorsque la Cour confère un «effet diagonal» à un droit doté d'une dimension économique, sociale ou culturelle (qui, pour sa réalisation, pourrait emporter, indirectement, une obligation positive à charge de particuliers) : seule une législation permettrait de définir les objectifs assignés aux entités privées et de canaliser les dépenses engendrées auxquelles contribueront, le cas échéant, les Etats¹⁹⁷. Même en dehors de ces hypothèses, il faut admettre que l'action législative demeurera la plus adéquate dès que l'opération de privatisation des droits fondamentaux dépasse la «mission normale d'un juge»¹⁹⁸ ; sans délimiter l'étendue de l'intégration des droits fondamentaux dans leur pratique, les juridictions

¹⁹³ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 370-371 ; I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux», dans B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats publics-privés (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 111 et s.

¹⁹⁴ M. HUNT, «Horizontal effect of the human rights act : moving beyond the public-private distinction», J. JOWELL et J. COOPER (dir.), *Understanding human rights principles*, Oxford, Portland, OR, Hart Pub., 2001, p. 172.

¹⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, §186. Voyez toutefois la remarque infrapaginale n° 144.

¹⁹⁶ La Cour peut également préconiser une intervention législative civile quand elle l'estime plus adapté, et requérir l'adoption de mesures «d'exécution». Voy. Cour eur. D.H., *Ozgür Gundem c. Turquie*, arrêt du 16 mars 2000, dans lequel la Cour impose à l'Etat turc une obligation positive de sauvegarder les individus travaillant pour un journal contre les atteintes répétées de personnes privées, notamment sous la forme de mesures d'enquête ou de protection appropriées. A titre comparatif, dans l'affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, tout en admettant que les disparitions étaient exécutées par des «personnes privées» n'offrit pas uniquement une compensation, mais jugea également que le gouvernement devait empêcher toute pratique de disparition dans le futur, devait enquêter sur la disparition jusqu'à ce qu'il y ait une certitude de ce qui est arrivé à Velasquez, et devait punir ceux qui avaient causé la disparition. Voy. Cour inter-américaine des droits de l'homme, 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, §166, *I.L.M.*, 1989, p. 324.

¹⁹⁷ Les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées dans le secteur privé seront fréquemment financés de concert par l'Etat et les employeurs privés.

¹⁹⁸ I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 112.

internes finiraient par créer des « législations judiciaires » pourtant interdites en ce qu'elles ne satisfont pas au principe de sécurité juridique due aux personnes privées^{199 200}.

On a pu néanmoins observer, dans la jurisprudence de la Cour exposée précédemment, que cette dernière adresse parfois plus explicitement l'*obligation positive* au juge²⁰¹, spécialement pour appliquer entre individus les principes généraux issus des droits dérogeables « de caractère privé »²⁰². La référence à la C.E.D.H. permet alors de suppléer à la carence du droit national, l'interprétation de ce dernier par les juges s'opérant à l'aune de normes supérieures²⁰³.

III. – Retour sur l'effet horizontal de la Convention devant les juridictions internes

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme recèle quelques éléments de théorisation sur la privatisation des droits fondamentaux, bien que sa démarche pragmatique empêche toute systématisation. Une question centrale demeure par conséquent : à l'échelle nationale, en l'absence de législation qui réglerait l'« effet horizontal » dans telle situation concrète (ou en présence d'une législation à caractère trop vague), comment transposer les obligations des Etats vers les individus ? Les auteurs s'accordent unanimement pour dire que les droits et libertés consacrés dans la Con-

¹⁹⁹ M. HUNT, *op. cit.*, p. 176.

²⁰⁰ Au sujet de la sécurité juridique, voy. entre autres, Cour eur. D.H., *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, arrêt du 23 octobre 1997 ; Cour eur. D.H., *Eglise catholique de la Canée c. Grèce*, arrêt du 16 décembre 1997.

²⁰¹ L'intervention du juge, selon une méthode prétorienne au cas par cas, est parfois plus adaptée qu'une loi générale et abstraite (voy. en ce sens l'opinion dissidente du Juge PERTTILÄ dans Cour eur. D.H., *B. c. France*, arrêt du 24 janvier 1992). Par ailleurs, il arrive que lorsque la Cour a à trancher un litige soumis par un particulier, le législateur ait déjà accompli son obligation positive. Mais certaines lois (telles la loi belge anti-discrimination) laisse une grande marge d'appréciation au juge national ; le cas échéant, c'est logiquement la décision de ce dernier qui sera seule sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'Homme avec pour effet une obligation positive sur le juge.

²⁰² A nouveau, au vu de leur importance, l'effet diagonal des droits dérogeables « de caractère public » requiert plutôt une intervention législative.

²⁰³ Voy. notamment D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 87.

vention ne peuvent en aucun cas avoir la même force légale entre personnes privées que celle exercée à l'égard d'un Etat partie²⁰⁴.

Pour orienter le juge national dans les litiges dont il serait saisi, nous distinguerons d'abord trois « paliers d'intensité » de l'horizontalisation des droits de l'Homme entre entités privées (A). Un premier niveau où les droits se diffuseraient dans la relation entre personnes privées de manière quasi identique à la relation entre personne privée et Etat. Un second où les droits de l'homme seraient appliqués tout en prenant en considération le facteur de la « liberté de principe » des personnes privées. On qualifiera ce niveau : de « l'application modifiée ». Un troisième palier où, en principe, les droits fondamentaux ne s'infiltreraient pas. Nous émettrons ensuite quelques considérations sur l'application privatisée du principe de proportionnalité, et sur la problématique particulière de la renonciation (B).

A. – TROIS « PALIERS D'INTENSITÉ » DE L'HORIZONTALISATION DES DROITS DE L'HOMME ENTRE ENTITÉS PRIVÉES

1. – Premier niveau : application intense des droits de l'Homme

a.1. Entités monopolistiques dotées d'un pouvoir semblable au pouvoir de l'Etat

Il va de soi que si la personne privée, débiteur du respect des droits de l'Homme, détient un pouvoir de monopole privé, l'imposition du respect des droits fondamentaux à cette dernière sera du niveau le plus intense. Les monopoles jouissent d'un pouvoir énorme qui doit se prolonger par une responsabilité accrue²⁰⁵. Une ville appartenant à une entreprise, dans laquelle la municipalité tout entière est contrôlée par un organisme privé, serait un exem-

²⁰⁴ E.A. ALKEMA, « The third-party applicability or 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights », dans F. MATSCHER, H. PETZOLD et G.J. WIARDA, *Protecting Human Rights : The European Dimension*, Carl Heymans Verlag, Cologne, 1988, p. 37.

²⁰⁵ S. BESSON, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers : des fondements théoriques au droit privé suisse*, Fribourg, Ed. Universitaires de Fribourg Suisse, 1999, p. 182 ; G. VAN HECKE, « Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten », dans *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, II, Gand, Story-Scientia, 1966, p. 1001 ; J.J. ABRANTES, *op. cit.*, pp. 121-122.

ple de monopole dans lequel les personnes privées doivent bénéficier des mêmes droits de liberté d'expression et d'association que dans les rues sillonnant le territoire dépendant de l'Etat : dorénavant, les villes privées ne pourraient utiliser leur espace pour le marché des biens sans permettre simultanément le marché des idées²⁰⁶. Cette responsabilité pourrait même contenir des *obligations positives*, issues directement de la Convention, de délivrer les biens sur lequel ces acteurs ont le monopole dès lors que ces biens seraient jugés indispensables sous l'angle des droits de l'Homme²⁰⁷.

Pour fixer le cadre des éventuelles *obligations positives* qui seraient, le cas échéant, imposées directement par la Convention à charge des personnes privées, on pourrait réfléchir par analogie avec ce que la Cour prévoit à l'égard des Etats. Ainsi, dans l'arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, la Cour précise que «pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. L'étendue de cette obligation varie inévitablement, en fonction de la diversité des situations dans les Etats contractants et des choix à faire en termes de priorités et de ressources. Cette obligation ne doit pas non plus être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif»²⁰⁸. A l'intérêt général évoqué par la Cour, on substituerait l'intérêt de la personne privée (l'intérêt économique de l'entreprise, par exemple) sur laquelle pèse l'obligation positive. Mais plus encore, en exigeant pareille prestation d'un acteur privé, le juge national devra mesurer les risques de mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat dont il est un des organes : pour demeurer dans les limites de sa propre obligation positive, il devra

²⁰⁶ A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 136. La gestion d'une ville entière fut considérée par la Cour suprême américaine comme une prérogative exclusive de la puissance publique. Voy. au sujet des *Company Towns*, l'arrêt *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946), cité dans Cour eur. D.H., arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 24 septembre 2003, Rec. 2003-VI, §47.

²⁰⁷ Voy. en ce sens A. MC BETH, «Privatising human rights: what happens to the state's human rights when services are privatised», *M.J.I.L.*, 2004, p. 149. Ajoutons toutefois que le fait que la Convention européenne des droits de l'Homme (ou la Charte sociale européenne) puisse créer directement, sans législation interne qui en fixe le cadre, des obligations positives à charge des acteurs privés monopolistiques est loin d'être acquis.

²⁰⁸ Voy. Cour eur. D.H., *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 mai 2003, req. n° 44306/98, §40. Voy. également Cour eur. D.H., *Ozgür Gündem c. Turquie*, arrêt du 16 mars 2000.

veiller à ce que l'équilibre trouvé entre les intérêts des particuliers ne soit pas contraire à l'intérêt général²⁰⁹.

L'intensité de l'horizontalisation des droits de l'Homme appliquée aux «entreprises multinationales», y compris lorsqu'elles ne détiennent aucun monopole, peut être rapprochée de cette première hypothèse. La théorie de la *responsabilité sociale des entreprises* invite ces dernières non seulement à une *obligation négative* de respecter les droits de l'Homme²¹⁰, mais également parfois à des *obligations positives*. Le Code dit «Weissbrodt» – pas encore adopté toutefois au sein des Nations Unies – pourrait être qualifié de manifestation la plus aboutie de ce phénomène²¹¹. Il introduit notamment une «obligation de moyen» pour les entreprises de s'assurer que ses partenaires cocontractants (contrats de sous-traitance, de *joint-venture*...) ne violent pas les droits de l'Homme des tiers. Elle peut sans aucun doute être rapprochée de l'«obligation étatique de protéger» considérée comme une obligation de légiférer pour prévenir ou interdire des violations de droits de l'Homme par les personnes privées. Il ne serait pas si évident d'exiger des entreprises l'adoption des mesures positives destinées à assurer que les personnes concernées par ses activités jouissent effectivement des droits fondamentaux²¹². Néanmoins, selon l'importance des capacités de l'entreprise (niveau de son pouvoir d'influence, de sa capacité financière), cette

²⁰⁹ Pour une démonstration similaire, voy. obs. J.-P. MARGUENAUD sous Cass. fr., 18 décembre 2002, *Amar et autres*, R.T.D. civ., 2003, pp. 384-385.

²¹⁰ Selon de nombreux auteurs, l'obligation de respecter s'applique aux entreprises sans aucun doute. Voy. notamment L. HENNEBEL, «Entreprises et droits de l'homme», dans T. BERNIS, P.-F. DOCKUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007; N. JAGERS, *Corporate Human Rights Obligations: In search of Accountability*, Intersentia, Anvers, 2002.

²¹¹ Le texte affirme la *responsabilité internationale directe* des sociétés transnationales et autres entreprises «de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, (...), et de veiller à leur réalisation» dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres. Voy. article 1^{er} du Projet de «Normes de la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme», élaboré par un Comité d'experts désignés par la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies et approuvé par cette dernière. Voy. Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), 22^{ème} séance, 13 août 2003. En affirmant des obligations que les entreprises doivent respecter *erga omnes*, le Projet de Normes dépasse en réalité la portée de l'effet horizontal ordinaire qui se limite à consacrer *in casu* le devoir d'un particulier à l'égard d'un autre. Estimant que le texte du Projet de normes était trop audacieux, l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations-Unies ne l'a à ce jour toujours pas entériné.

²¹² L. HENNEBEL, *op. cit.*; N. JAGERS précise également que l'obligation de promouvoir/réaliser constitue évidemment le volet le plus controversé. Voy. N. JAGERS, *Corporate Human Rights Obligations: In search of Accountability*, Intersentia, Anvers, 2002.

«obligation de promouvoir et de réaliser» pourrait couvrir uniquement les travailleurs de l'entreprise (mise en œuvre d'actions positives, via des quotas d'intégration ou l'organisation de formations professionnelles) ou également les gens du village (organisation de programmes éducatifs ou environnementaux au bénéfice de la population locale) voire même l'Etat tout entier (projets sanitaires au sein d'Etats à faible gouvernance). Un problème de sécurité juridique, déjà évoqué à plusieurs reprises, est toutefois soulevé lorsque, sans la médiation d'une loi nationale, une obligation positive est directement imposée aux entreprises puisque le contenu des obligations n'est dans un tel cas pas parfaitement défini.

L'assimilation des entreprises tentaculaires aux Etats, notamment parce qu'elles jouissent de ressources comparables voire supérieures à ces derniers, a été tentée par les requérants *Steel & Morris* dans une affaire jugée le 15 février 2005 par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ces derniers estimaient que les raisons pour lesquelles le droit anglais autorise que les pouvoirs publics soient soumis à une plus large critique que les citoyens ordinaires devaient valoir pour la critique des grandes sociétés multinationales, d'autant que la forte puissance économique de celles-ci se combine au fait qu'elles n'ont pas à répondre de leurs actes. Ils considéraient en conséquence que les sociétés multinationales ne devraient pas pouvoir engager d'action en diffamation, du moins sans preuve qu'elles ont subi une perte financière²¹³. Tout en ne suivant pas les requérants sur ce moyen, la Cour reconnut que les grandes entreprises s'exposaient inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes, et que les limites de la critique admissible étaient donc plus étendues pour elles que pour les particuliers ordinaires²¹⁴.

²¹³ Cour eur. D. H., *Steel & Morris c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 février 2005.

²¹⁴ Dans l'arrêt *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, la Cour reconnaît, de la même façon, que les puissants groupes financiers peuvent obtenir des avantages concurrentiels considérables dans le domaine de la publicité commerciale, et peuvent par ce moyen exercer des pressions sur les stations de radio et les chaînes de télévision diffusant les publicités et, finalement, compromettre la liberté de celles-ci. Elle ajoute que de telles situations portent atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre. Voy. Cour eur. D. H., *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2001.

a.2. Entités dotées d'un pouvoir considérable et exécutant des tâches d'intérêt public

Loin de détenir toujours une position dominante, les entités privées opèrent généralement dans un environnement compétitif. I. Hachez et S. Van Drooghenbroeck ont ainsi identifié, à côté du «monopole privé», deux autres idéaux-types permettant de dégager le degré d'investissement respectif des acteurs publics et privés dans l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général : le modèle de la «concurrence» et celui de la «collaboration»²¹⁵. Pour eux comme pour de nombreux auteurs, il semble aller de soi d'«assimiler» les acteurs privés aux Etats quand ils exercent directement certaines fonctions publiques (en «concurrence» avec l'Etat) ou quand les autorités publiques opèrent à travers ces entités privées sous forme de «collaboration» (l'autorité publique passe par un acteur privé pour réaliser certains de ses objectifs et ce dernier reçoit des ressources gouvernementales importantes à cet effet)²¹⁶. C'est particulièrement relevant à une époque où l'Etat peut avoir tendance à déléguer à des entreprises privées une partie des obligations qui auparavant relevaient exclusivement de son office. Si la délégation n'est en soi pas interdite, la contrepartie de ce transfert consistera en la nécessité pour l'Etat (ses organes législatifs, judiciaires,...) de veiller au respect par les entités privées des obligations qui pesaient jusqu'alors sur lui²¹⁷.

Les deux éléments à l'appui d'une «application intense» des droits de l'Homme seront donc, d'une part, un pouvoir substantiel de l'entité privée dans un domaine particulier, équivalent à celui de l'autorité publique, d'autre part, une exécution de tâches d'intérêt général, comparables aux missions étatiques. La garantie des libertés et de la sécurité des citoyens constitue historiquement

²¹⁵ I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux», dans B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 91-92.

²¹⁶ N. JÄGERS, *op. cit.*; A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1993.

²¹⁷ Voy. Cour eur. D. H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, Opinion partiellement dissidente commune à MM. Les Juges Ryssdal, Thor Vilhjalmsson, Matscher et Wildhaber : «L'enseignement primaire est obligatoire au Royaume-Uni comme ailleurs. Dans de tels domaines, l'Etat doit exercer un certain contrôle sur les établissements privés de manière à préserver la substance des garanties de la Convention. Un Etat ne peut ni se décharger de l'administration pénitentiaire sur le secteur privé, rendant par là même licites les peines corporelles dans les prisons, ni autoriser la création d'écoles privées dirigées sans considération pour les exigences de la Convention».

les premières tâches classiques de l'Etat²¹⁸. Les missions plus modernes sont énumérées dans les Conventions relatives aux droits économiques, sociaux et culturels²¹⁹, qui imposent aux Etats de garantir le droit à l'enseignement, le droit à la santé, le droit à un logement,...

L'application intense s'effectuera ainsi sur les écoles privées ouvertes auprès des écoles publiques²²⁰, les hôpitaux privés en service aux côtés des hôpitaux publics²²¹, les assurances de santé qui opèrent parallèlement au système de sécurité sociale publique²²², les sociétés de logements sociaux qui fonctionnent simultanément aux côtés de l'Etat ou qui les remplacent²²³. Mais aussi sur les lignes aériennes privatisées qui accomplissent certaines fonctions étatiques relatives aux flux migratoires, ou sur les agents de sécurité privés qui n'ont pas à échapper plus largement au respect de la C.E.D.H. que la police ordinaire²²⁴. Concrètement, ces entités seront pleinement liées par la Convention lorsqu'elles exercent leur «activité publique» et, dans cette hypothèse, ne pourront arguer du respect de leurs propres droits pour tenter de justifier une ingérence commise dans les droits fondamentaux de tiers; vu l'assimilation intense entre l'entité privée et publique, seul l'intérêt général pourrait être invoqué à cet effet. Ces entités privées pourront, en revanche, réclamer le respect de leurs droits (à faire contrebalancer avec le respect des droits d'autrui) dans le cadre de relations interpersonnelles qui

²¹⁸ Cour eur. D.H., req. n° 58341/00, décision *Madsen c. Danemark* du 7 novembre 2002; Cour eur. D.H., req. n° 46210/99, décision *Wretling c. Suède* du 9 mars 2004.

²¹⁹ Nous évoquons ici les instruments internationaux (pactes internationaux onusiens par ex.) car il faut garder à l'esprit que la C.E.D.H. ne protège qu'un nombre restreint de droits; les droits économiques et sociaux lui échappent généralement encore alors qu'ils forment une part importante de la mission des services publics.

²²⁰ Cour eur. D.H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 247-C, §27.

²²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Storek c. Allemagne* du 16 septembre 2005, §§101-103, *www.echr.coe.int*. Cour eur. D.H., *Calvelli et Ciglio c. Italie*, arrêt du 17 janvier 2002, §49.

²²² Cour eur. D.H., *Van Kück c. Allemagne*, arrêt du 12 septembre 2003, *Rec. 2003-VII*, opinion concordante de RGSS.

²²³ Cour eur. D.H., req. n° 47122/99, décision *Woonbron volkshuisvestingsgroep et autres c. les Pays-Bas* du 18 juillet 2002, p. 8., *www.echr.coe.int*.

²²⁴ En ce qui concerne le contrôle de la sécurité privée et particulière, le plan fédéral de sécurité et de politique pénitentiaire en Belgique prône déjà qu'«afin de soumettre les acteurs privés de la sécurité à un contrôle démocratique, il convient de voir si les Comités permanents de contrôle des services de police et de renseignements peuvent apporter leur contribution en la matière dans les limites de leur mission légales». Voy. COMITÉ P, *Quelques évolutions récentes dans le paysage sécuritaire : de nouveaux partenaires*, 2005, p. 6.

ne relèvent pas strictement de l'exécution de leurs «fonctions publiques»²²⁵.

Ainsi, par exemple, les écoles privées, coexistant avec des écoles publiques, devront conformément à l'article 2 du Protocole n° 1 à la C.E.D.H. veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction. Car si l'Etat n'est pas interdit de déléguer ces fonctions à des entités privées, il devra en revanche s'assurer que le droit fondamental de chacun à l'instruction soit garanti pour les élèves des unes comme des autres, sans aucune distinction. Diverses raisons peuvent justifier le choix d'une personne pour une entité privée plutôt que publique (motifs religieux, déficit «de qualité», habitude,...), et les individus ne doivent être disqualifiés dans leur choix. Les écoles privées devront respecter la C.E.D.H. dans leur politique d'admission et de renvoi des élèves, mais également dans les fonctions touchant à l'administration interne d'une école, par exemple la discipline, qui ne sauraient passer pour accessoires au processus éducatif²²⁶.

Si la nature de l'activité exercée par l'entité privée (l'éducation est considérée comme une fonction de l'Etat) est déterminante pour son assimilation avec l'acteur public, cette «approche fonctionnelle» est parfois combinée à une «approche institutionnelle» : on recherche alors la source de financement de l'activité (source publique ou privée?), la dépendance de l'entité par rapport aux autorités politiques (haut degré de contrôle, ou totale indépendance?). Ainsi, les écoles privées sont souvent régies par une réglementation-cadre publique, et sont, par ailleurs, généralement subsidiées par l'Etat à travers des systèmes de «bourses», de subsides, de remises de taxes... La démarche d'investigation est factuelle et peut s'avérer complexe²²⁷. Le niveau d'obligation pourrait être légèrement inférieur si les services sont financés par des personnes privées, mais en général, un respect considérable restera sollicité de ces entités dans le cadre de l'exercice de leur activité publique.

²²⁵ Il faudra se référer ici au second niveau, celui de l'application modifiée des droits de l'Homme.

²²⁶ Voy. en ce sens, Cour eur. D.H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 247-C, §27.

²²⁷ H. QUANE, «The Strasbourg Jurisprudence and the Meaning of a 'Public Authority' under the Human Rights Act», *P.L.*, 2006, pp. 119-120.

b. *Deuxième niveau : application modifiée des droits de l'Homme*

Le deuxième niveau concerne le domaine du marché et des offres publiques, où les personnes se rencontrent sans avoir – en principe – de liens personnels ou familiaux. On vise, par exemple, les relations entre propriétaire et locataire, entre employeur et employé ou toute autre relation commerciale.

Tenant compte des intérêts privés que ces entités poursuivent, et par souci pour le principe de liberté contractuelle, un respect moins scrupuleux des droits de l'Homme est attendu en l'espèce : le spectre des objectifs acceptables poursuivis par l'auteur de l'ingérence sera ici plus étendu que celui des acteurs institutionnels privés (hôpitaux, écoles,...) dont on n'acceptera pas les buts émotifs, relationnels ou peu rationnels²²⁸. Mais il est toutefois certain que les personnes privées qui disposent du pouvoir le plus fort dans la relation interpersonnelle (l'employeur comparé à l'employé²²⁹, ou le propriétaire comparé à son locataire) sont tenues à une observance plus importante que leur co-contractant²³⁰. Le logement comme le travail étant des « biens rares »²³¹, de nécessité et présentant de ce fait une « dimension quasi-publique »²³², le propriétaire et l'employeur privés, tout en gardant la possibilité de « délivrer » le bien selon leurs affinités personnelles, se voient dès lors interdits de les refuser à un candidat (locataire ou travailleur) pour raison discriminatoire²³³.

²²⁸ Nous renvoyons au premier niveau d'intensité.

²²⁹ Il existe certes une relation de pouvoir-sujétion entre l'employeur et le travailleur, mais il faut admettre que la relation inégale n'est pas toujours en faveur de l'employeur : une inversion peut se produire au bénéfice du travailleur, soit pour des raisons propres aux exigences ou à la nature de l'emploi (cas des joueurs professionnels de football qui, par leur mobilité, jouissent d'une position de force par rapport à l'employeur), soit dans certains segments du marché (travailleurs très spécialisés dont les compétences sont largement convoitées). Voy. J.J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2000, pp. 16 et 125.

²³⁰ F. GAMILLSCHG, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 105 p.; H. NIEßEN, *Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2005, p. 60. Voy. également Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, arrêt du 29 février 2000, *Rec.*, 2001-VI, §38, D., 2001 (jur.), p. 574, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

²³¹ Ce qui signifie que, souvent, il y a plus de candidats que de biens disponibles. Au niveau du « bien travail », le constat est évident au regard du sous-emploi structurel et/ou de l'inadéquation entre l'offre et la demande de travail. De même, bien que les logements à louer soient nombreux dans les grandes villes, les loyers sont de plus en plus élevés, ce qui empêche concrètement de nombreux individus d'y avoir accès.

²³² Sans pouvoir être réduits à leur dimension économique, le travail et le logement sont des biens pour lesquels l'accès est un droit fondamental.

²³³ On rappellera que dans son protocole n° 12, le Conseil de l'Europe a affirmé que les relations de travail appartenaient à la « sphère publique », autorisant d'emblée que le droit à ne pas être discriminé y soit appliqué. Voy. *supra*, n° 39.

Ainsi, parmi ses avantages, l'admission de l'efficacité horizontale des droits de l'Homme contribue à la justice sociale en démocratisant les relations de travail : en effet, dans le droit du travail, une approche fondée sur les « droits fondamentaux » introduit la nécessité de protéger les parties faibles des accords injustes qui leur seraient imposés par les acteurs économiques : l'interdiction horizontale de discriminer (à chaque étape de la relation : l'embauche, la promotion, la fixation du salaire, le licenciement,...), par exemple, peut rectifier toutes les distorsions de pouvoir entre individus du fait de leur race, de leur handicap ou de la place qu'ils occupent dans les structures sociales,...²³⁴. Elle invite le juge à motiver avec une rigueur accrue les conflits des droits et offre par conséquent une meilleure protection contre le contractualisme formel. En ce sens, plutôt que de restreindre l'autonomie privée et le pouvoir d'autodétermination individuelle, l'horizontalisation les renforce.

Un point supplémentaire mérite d'être exploré. Nous avons affirmé précédemment que lorsque l'entité privée est dotée d'un pouvoir considérable et exécute des tâches d'intérêt public (accomplissement du droit à l'éducation, du droit à la santé,...), la présence et la disponibilité d'un « débiteur public résiduaire »²³⁵ desdits droits (via des écoles et des hôpitaux publics) ne dispense pas l'entité privée de les respecter pleinement. Par une sorte d'analogie, lorsqu'il s'agit de distribuer les « biens publics » que sont les emplois (ou les logements), les employeurs privés, bien que non assujettis à une obligation de pure neutralité, ne peuvent se soustraire à l'interdiction de discriminer sous prétexte que la fonction publique gère, elle, les flux d'embauche de façon parfaitement « juste et objective » ; et que le travailleur discriminatoirement évincé dans le secteur privé garderait par là ses chances dans le secteur public. Cet argument est, bien entendu, irrecevable.

En revanche, quand l'acteur privé n'exerce pas d'activité à « caractère public » ou qu'il n'agit pas dans ce cadre, l'existence d'« alternative publique ou privée » susceptible à elle seule de suffisamment satisfaire un droit en cause pourrait justifier que l'entité

²³⁴ De la même façon, l'effet horizontal des droits de l'homme protège les acteurs sociaux vivant aux alentours de grandes firmes qui portent atteinte à leur santé et à l'environnement (Lopez Ostra).

²³⁵ L'expression est empruntée à I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 99 et p. 108.

privée ne doit pas respecter le droit de ce tiers. S'il justifie d'un intérêt réel, un employeur privé, par exemple, pourrait légitimement interdire à ses employés de distribuer des tracts électoraux dans l'entreprise, dès lors qu'ils peuvent poursuivre leur campagne auprès des employés après les heures de travail. L'existence d'une alternative réelle est, en l'espèce, un argument pleinement recevable parce que la régulation de la distribution de tracts ne ressort pas de l'activité publique de l'employeur : en l'interdisant, il ne met pas en péril la distribution équitable des postes de travail.

De la même façon, une agora privatisée pourrait être dispensée du respect de certaines libertés dès lors que sont maintenus des espaces publics où ces dernières peuvent effectivement s'exercer. L'affaire *Appleby c. Royaume-Uni* est, à ce titre, intéressante²³⁶. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'Homme devait juger si l'Etat avait ou non l'obligation positive de contraindre un grand centre commercial à tolérer les actions et expressions des personnes privées. Ce centre présentait la particularité d'héberger certains services publics et de constituer véritablement le centre de la ville britannique de Washington. Le nouveau centre-ville avait été initialement conçu et construit par un organisme créé par l'Etat (§ 11 de l'arrêt)²³⁷. Il avait interdit aux requérants d'établir des stands pour y distribuer des tracts. Après avoir observé qu'il existe une tendance aux Etats-Unis à reconnaître un droit de liberté d'expression dans le cadre de locaux privés ouverts au public, la Cour estima *in casu* qu'il ne fallait pas obliger le centre commercial à respecter la liberté d'expression des individus circulant en son espace (§ 47). La Cour ajouta toutefois ne pas exclure que l'Etat puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété privée (1) lorsque l'interdiction d'accéder à la pro-

priété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou (2) lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie²³⁸. En l'espèce, précisément, « la restriction imposée à la possibilité pour les requérants de communiquer leurs opinions se limitait aux entrées et voies de passage des Galeries. Elle n'empêchait pas les intéressés d'obtenir une autorisation individuelle de la part des commerces se trouvant dans l'enceinte des Galeries (le directeur d'un hypermarché autorisa en une occasion la mise en place d'un stand dans son magasin) ni de distribuer des tracts sur les voies publiques d'accès au secteur. Il était également loisible aux requérants de faire campagne dans l'ancien centre-ville et d'avoir recours à d'autres modes de communication, comme le porte-à-porte ou la presse, la radio et la télévision locales ». La Cour réserva, sans aucun doute, une importance déterminante au fait que la liberté d'expression puisse s'exercer de manière *suffisamment effective* ailleurs que dans ledit centre commercial pour dispenser celui-ci d'une obligation en ce domaine^{239 240}.

La théorie de l'« existence d'alternatives réelles » pourra donc être intégrée comme un argument parmi d'autres dans la pondération des intérêts en présence au cours du test de proportionnalité. Une entité privée pourrait aisément prohiber la manifestation de l'un ou

²³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Appleby c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, *Rec.* 2003-VI, § 47 : « (...) Une ville appartenant à une entreprise, dans laquelle la municipalité tout entière est contrôlée par un organisme privé, en serait un exemple ». Voy. *supra*, n° 46.

²³⁹ Dans le même sens, voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁰ Logiquement, elle jugea en revanche, dans l'affaire *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* que la Suisse avait violé l'article 10 de la C.E.D.H., par défaut d'avoir élaboré des lois imposant à la radio-télévision suisse (SSR), radio privée, le respect de la liberté d'expression. En effet, face à l'observation du Gouvernement selon laquelle il existait diverses autres possibilités de diffuser l'information en question, la Cour constata que le seul moyen pour l'association requérante de toucher l'ensemble du public suisse était de passer par les programmes télévisés nationaux de la SSR, qui sont les seuls programmes diffusés dans tout le pays. Toute autre modalité de communication garantissait *insuffisamment* la liberté d'expression. Voy. Cour eur. D.H., *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2001. Dans cette affaire, l'association requérante – vouée à la protection des animaux, et militant en particulier contre l'expérimentation animale et l'élevage en batterie – avait notamment allégué que le refus, par une radio-télévision suisse (SSR), de diffuser une publicité dont elle était l'auteur avait emporté violation de l'article 10 de la Convention. Selon l'association requérante, l'Etat n'est pas autorisé à déléguer des fonctions à des personnes de droit privé dans des conditions telles que la « privatisation » qui en résulte porte atteinte à ses droits fondamentaux. Puisque la diffusion des programmes de radio et de télévision en Suisse est toujours subordonnée à l'octroi d'une concession accordée par l'Etat, celui-ci est tenu, lorsqu'il élabore les lois réglementant ces concessions, de garantir le respect de la liberté d'expression. Le Gouvernement suisse alléguait pour sa part que la SSR n'exerçait aucune fonction de service public lorsqu'elle diffusait des publicités, et pouvait à cet égard invoquer la liberté du commerce, ainsi que la liberté contractuelle.

²³⁶ Cour eur. D.H., *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 mai 2003, req. n° 44306/98.

²³⁷ Sur cette base, les requérants avaient également invoqué le fait que les actions du monopole engageaient directement la responsabilité de l'Etat (voy. note n° 90), en plus d'une quelconque obligation positive à laquelle il n'avait pas satisfait. Mais la Cour rejeta cet argument, affirmant le fait que le simple transfert de fonds publics vers un corps privé n'était pas suffisant pour engager la responsabilité directe de l'Etat pour les actions des corps privés. Le centre commercial fut par la suite privatisé. Le secteur était immense, comprenait de nombreux magasins et hypermarchés ainsi que des parkings et des allées piétonnières. Etant donné sa situation centrale, plusieurs services publics d'importance, comme la bibliothèque municipale, les bureaux des services sociaux, le centre de santé et même le poste de police étaient également abrités dans le centre ou à proximité de celui-ci. Certains actes et décisions faisaient intervenir autorités et fonds publics; de plus, de nombreux organismes publics se trouvaient dans le voisinage.

l'autre droit fondamental d'un tiers qui lui nuirait exagérément, dès lors qu'existerait une alternative réelle où ce droit pourra être respecté²⁴¹ 242. Seule la «réalité ou l'effectivité» de l'alternative permettra à l'argument de peser de tout son poids : ainsi, une personne souhaitant voir respecter ses libertés fondamentales, éprouvera à cet effet plus de difficultés à changer d'école ou d'hôpital auxquels elle est affiliée de longue date, que d'accomplir quelques mètres pour sortir d'une agora privée... On remarquera en outre que cette «théorie» ne peut être invoquée qu'en présence de libertés, telles les libertés d'expression et de réunion dont la substance même ne sera généralement pas atteinte si le forum de leur exercice est simplement déplacé²⁴³. Elle ne saurait en revanche être valablement invoquée par quiconque souhaite éviter le respect de droits indérogeables, ou d'autres droits à caractère public.

²⁴¹ On se rappellera le cas des deux pharmaciens condamnés en France pour avoir refusé de délivrer des produits contraceptifs prescrits par les médecins des clientes ; ils contestèrent la décision devant la Cour européenne des droits de l'Homme, se plaignant du non respect de la conviction religieuse qui avait inspiré leur comportement. A l'appui de sa condamnation, la Cour d'appel de Bordeaux dans son arrêt du 14 janvier 1997 avait notamment pris en compte le fait que l'officine des requérants était la seule pharmacie de Salleboeuf, et que les clientes ne disposaient donc pas de réelles alternatives pour s'approvisionner. La Cour européenne des droits de l'Homme déclara irrecevable la requête des pharmaciens condamnés en ce que leurs convictions pouvaient, en revanche, s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle en cause. Cour eur. D.H., req. n° 49853/99, *Pichon et Sajou c. France*, décision du 2 octobre 2001. L'existence d'alternative réelle permettrait aussi de s'assurer de l'authenticité de la renonciation à sa pleine liberté de conscience par le candidat à l'embauche (pour l'intérêt de l'entreprise), dès lors qu'il existerait d'autres postes, soit privés ou publics, dans lesquels ces conflits de conscience n'auraient pas été soulevés. Cette existence d'alternatives pourra donc faire obstacle à la légitimation par le juge, d'une revendication par le candidat une fois embauché du respect de la liberté à laquelle il avait renoncé. Voy. aussi Cour eur. D.H., req. n° 39561/98, *Ashworth et autres c. Royaume Uni*, décision du 20 janvier 2004 (décision d'irrecevabilité) : dans cet arrêt relatif aux nuisances sonores provoquées par les vols d'avion, la Cour soulève la possibilité pour le requérant riverain de s'établir ailleurs que dans le périmètre touché par le bruit.

²⁴² L'existence d'alternatives réelles est également prise en compte, dans certaines circonstances, pour moduler ou non l'obligation de respect des droits fondamentaux par les acteurs publics : voy. Liège (7^{ème} ch. civ.), 23 février 1995, *J.T.*, 1995, pp. 720-723, obs. L.-L. CHRISTIANS, pp. 723-725. (il s'agissait en l'espèce de l'obligation pesant ou non sur une école publique de respecter le port du voile) ; D. DE PRINS, «Arbitragehof erkent het recht op afficheren» (Arbitragehof nr. 136/2003 van 22 oktober 2003), *TvMR*, 2003, p. 15 (l'arrêt précise qu'une alternative réelle doit exister pour que le droit à afficher dans un endroit public puisse être restreint).

²⁴³ La liberté de religion mériterait probablement un régime plus nuancé : un shopping center privé pourrait-il interdire aux femmes musulmanes de porter la voile, sous prétexte qu'elles peuvent faire leurs courses en ville ? Cet argument, venant en appuyer d'autres tel l'intérêt économique de l'entité privée, serait-il admissible ?

c. Troisième niveau : en principe, pas d'application des droits de l'Homme

B. Dickson déclarait qu'afin d'éviter un «monde orwellien», il fallait soustraire les relations personnelles purement privées au langage des droits humains²⁴⁴. Il faut en effet veiller à ce qu'en privatisant les droits de l'homme, on n'en vienne pas à exagérément «publiciser» la sphère privée : en renouvelant les demandes d'intervention de l'Etat, on diminuerait l'étendue de la sphère intime qui permet pourtant le développement de l'individualité et de l'expression de soi²⁴⁵. Si la relation entre particuliers se situe dans le domaine de la famille ou des associations privées, les droits de l'Homme ne joueront en conséquence qu'un rôle marginal²⁴⁶. Contrairement aux autres paliers (niveaux 1 et 2), ces domaines sont plus à même d'induire des relations «entre égaux» que des rapports pouvoirs-sujétions, ce qui justifie *a priori* le plein déploiement de l'autonomie privée.

En Allemagne par exemple, doctrine et jurisprudence sont réservés en ce qui concerne l'application des droits de l'Homme dans les structures d'une association purement privée²⁴⁷. L'association jouit d'une très large marge de décisions : ses membres choisissent librement qui pourra la constituer. Toutefois, si l'association dispose d'un certain monopole ou d'un pouvoir important dans la vie économique ou sociale, ou encore si elle incite ses membres à la haine et à une opposition aux valeurs de la démocratie, le juge pourra recourir au test de la proportionnalité : il veillera par là à ce qu'un équilibre soit sauvegardé entre, d'une part, la liberté d'association d'autre part, la nécessité de protéger les droits fondamentaux du

²⁴⁴ B. DICKSON, «The horizontal application of Human rights Law», *Human Rights. An Agenda for the 21st Century*, dans A. HEGARTY et S. LEONARD (dir.), Londres/Sydney, Cavendish Publishing Ltd., 1999, pp. 59 et s.

²⁴⁵ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1993, pp. 218 et 220.

²⁴⁶ J.M. SMITS, *Constitutionnaliseren van het vermogensrecht, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Kluwer, 2004, J.M. SMITS, P.H.M. GERVEN, D.A. LUBACH (ed.), *Constitutionnaliseren van het vermogensrecht. Publiciteit met betrekking tot onroerende zaken, in het bijzonder in verband met publiekrechtelijke beperkingen. Convergerende tendenzen in het Europese bestuursrecht* (?). Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 2003, p. 92.

²⁴⁷ De même qu'en matière de successions, voy. *supra*. J. FERRER I. RIBA et P. SALVADOR CODERCH, «Verenigingen, Democratie et Drittwirkung», I. VON MÜNCH, P. SALVADOR CODERCH, J. FERRER I. RIBA, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1998, p. 78.

danger que l'association fait peser sur eux. Il en va de même pour les associations qui obtiennent des subventions de l'Etat ou pour les partis politiques, ces derniers jouant un rôle important dans la vivacité de la démocratie²⁴⁸.

En Belgique également se dessine une limitation à la privatisation des droits fondamentaux. Le législateur décida ainsi que le champ d'application de la Loi «antidiscrimination» ne s'étendait évidemment pas aux relations entièrement privées entre les individus²⁴⁹, en ce compris celles qui naissent de l'association entre des personnes, pour des raisons qui leur sont propres et sur la base de critères qui leur sont communs²⁵⁰. Les travaux préparatoires précisent que la loi du 25 février 2003 n'est pas opposable au propriétaire qui loue les pièces dans la maison où il habite personnellement, ou à la volonté d'un individu qui souhaite s'entourer de gens de maison de son choix²⁵¹. On ne pourrait non plus reprocher à un propriétaire qui expulse un locataire pour défaut réitéré de paiement de loyer d'avoir traité ce dernier de façon discriminatoire dès lors qu'il n'aurait pas expulsé un ami dans les mêmes circonstances : ces décisions relèvent de l'autonomie de l'individu et ne peuvent être contraintes à une exigence de «rationalité»²⁵².

Il faut admettre un tempérament au principe de non intervention des droits fondamentaux dans la sphère intime : le régime d'exception accordé, sans conteste, aux droits non-dérogeables. Ainsi, le droit à la vie, l'interdiction de la torture, le traitement inhumain ou dégradant,... demeurent applicables dans le domaine purement privé, avec une attention particulière réservée aux personnes vulnérables, tels les enfants, les personnes âgées ou handicapées, et les

²⁴⁸ Voy. Rechtbank's Gravenhage, 7 septembre 2005, <http://zoeken.rechtspraak.nl/zoeken/istresultaat.asp>, consulté en dernier lieu le 20 février 2006; M. BUSSTRA et J. VRIELINK, «Geen vrouwen, geen geld», *TvMR*, 2006, à paraître.

²⁴⁹ A deux reprises, la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*Mon. b.*, 17 mars 2003) rappelle cet enseignement de manière indirecte. Elle évoque ainsi, dans son article 1^{er} relatif à son champ d'application, la «livraison de biens et services au public» et l'exercice d'une activité politique, économique, sociale,... accessible au public. La trilogie des lois «anti-discrimination» du 10 mai 2007, qui abrogent celle du 25 février 2003, apporte la même précision.

²⁵⁰ Commentaire des articles, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999, n° 2-12/1, p. 5. Voy. dans le même sens : Avis du Conseil d'Etat (Belgique) du 16 novembre 2000 sur le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-12/5, p. 7.

²⁵¹ *Doc. parl.*, Sénat 2001-2002, 20 décembre 2001, p. 14.

²⁵² J.J. ABRANTES, *op. cit.*, p. 124.

femmes qui doivent impérativement être protégés contre des maltraitances commises dans le cercle privé²⁵³. Ces exceptions formant des violations très graves des droits de l'Homme sont généralement couvertes par une intervention législative en droit pénal.

L'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, concernant la sexualité des personnes handicapées, est l'une des affaires les plus significatives de la Cour européenne des droits de l'Homme quant à l'application des articles 3 et 8 de la Convention aux relations intimes. Mais les pleines implications de cet arrêt ne sont pas parfaitement claires : il est délicat de déterminer la limite de l'obligation de l'Etat dans l'adoption de mesures positives destinées à empêcher les individus d'humilier leurs prochains²⁵⁴. En établissant des règles protégeant contre les mauvais traitements ceux qui ont une capacité insuffisante à gérer les avances sexuelles, l'Etat pourrait générer une atteinte inacceptable dans le droit des individus vulnérables à ce que leur vie sexuelle intime soit sauvegardée. Sujet à une injonction paradoxale dans le cadre de la protection des individus, l'Etat doit toujours veiller à ne pas verser dans un «paternalisme» inadéquat.

A la suite de l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, les juridictions nationales conduites à se prononcer sur les actes et comportements interindividuels «éminemment privés» auraient-elles par ailleurs l'obligation positive de veiller, en cet examen, au respect des *idéaux et principes fondamentaux* incontestés issus de la Convention ? Un individu pourrait-il obtenir la condamnation civile sous astreinte de ses parents qui le destinent à un mariage arrangé, ce que la juridiction nationale jugerait, le cas échéant, en «flagrante contradiction» avec l'article 12 de la C.E.D.H. ? La question reste ouverte. Il faudra toutefois toujours être attentif à ne pas commettre d'intrusion excessive dans la vie des familles, ni judiciaire à outrance les conflits de la vie quotidienne dont la gestion par les particuliers entre eux demeure préférable. Surtout lorsque, comme dans le cas exposé, une solution judiciaire existe : l'annulation du mariage pour vice de consentement. En somme, il importera selon nous d'accorder une

²⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, *Rec.* 2001-V; Cour eur. D.H., arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, www.echr.coe.int, § 81. Dans le même sens, M. Fabre-Magnan déclare que si l'ingérence de l'Etat doit évidemment être davantage limitée dans un lieu privé, elle est «sans hésitation justifiée en présence de coups et blessures et d'actes de torture». Voy. M. FABRE-MAGNAN, «Le sadisme n'est pas un droit de l'homme», *Rec. Dalloz*, 2005, n° 43, p. 2980.

²⁵⁴ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, *op. cit.*, p. 213.

portée très limitée à l'arrêt *Pla et Puncernau* de la Cour européenne des droits de l'Homme.

B. – LA «PROPORTIONNALITÉ PRIVATISÉE»

1. – Cadre d'application du test de proportionnalité dans les relations privées

D'autres paramètres que la sphère d'action doivent être pris en considération lorsqu'on souhaite mesurer l'intensité de la protection des droits fondamentaux entre particuliers. Plusieurs droits fondamentaux formulés dans la C.E.D.H. ne sont pas absolus : ils peuvent souffrir de dérogations et/ou de limitations au bénéfice d'objets légitimes poursuivis par l'Etat²⁵⁵. Mais les «catégories et raisonnements juridiques» prévus dans le contentieux vertical ne peuvent être simplement transposés aux relations horizontales, même si les notions de «but légitime» et de «proportionnalité» (charriant les tests de nécessité et d'interchangeabilité²⁵⁶) seront éclairantes pour le juge qui aura à trancher^{257 258}. Premièrement, le comportement humain est tellement imprévisible que les ingérences des personnes privées dans le droit fondamental d'un tiers ne peuvent en aucun cas être exhaustivement prévues par la loi. Deuxièmement, les personnes privées poursuivent rarement des buts d'intérêt général²⁵⁹ : en l'absence de loi, on accepte en principe qu'une personne privée soit «libre»²⁶⁰, à savoir qu'elle n'ait pas la tâche de *respecter, protéger* et de *réaliser* les droits de l'homme. Enfin, le test de «proportionnalité publique» ne sera pas identiquement exportable

²⁵⁵ Les Etats jouissent par ailleurs d'une marge nationale d'appréciation. Voy. *supra*.

²⁵⁶ Il faut rechercher s'il n'existe pas un autre moyen pour atteindre le but recherché qui, tout aussi efficace que le premier, porte moins atteinte aux droits et libertés des tiers.

²⁵⁷ Voy. notamment I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 120-121; S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'Homme», *A.P.T.*, 2003, pp. 208 et s., n° 5; S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Rathenau Instituut, Den Haag, 1998, p. 50.

²⁵⁸ Sur la question du transfert aux entités privées des conditions de licéité des restrictions aux droits fondamentaux, voy. toutefois les opinions séparées jointes par les juges Jambrek et Morenilla, Cour eur D.H., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996.

²⁵⁹ A. CLAPHAM, «The 'Drittwerking' of the Convention», dans R.St.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZELD (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 197.

²⁶⁰ Pour un point de vue nuancé, voy. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, doct. Dijon, 1912, p. 335 : «Le droit commun des actes juridiques enseigne que la volonté humaine a uniquement le droit de vouloir la satisfaction des intérêts légitimes».

aux relations privées²⁶¹ : en effet, dans les relations verticales, ce test s'applique une fois les étapes préalables franchies avec succès (fondement légal et but légitime poursuivi), alors que le test de «proportionnalité privatisée», plutôt que d'advenir à la suite de la même «progression», intègre généralement chaque élément (information préalable, objectif poursuivi,...) dans la balance des intérêts respectifs des entités privées.

Une première question surgit, celle de savoir si l'acteur qui a porté atteinte au droit fondamental d'un tiers, dans le *cadre d'un contrat privé*, avait la possibilité d'informer préalablement ce dernier. Dans l'affirmative, on postulera que l'acteur privé avait, en principe, un *devoir d'information* : ce dernier équivaldrait à l'exigence d'un fondement légal lorsque l'atteinte est commise par l'Etat. Ainsi, dans la décision *Madsen c. Danemark*, l'employeur se trouvait obligé d'annoncer d'avance aux employés les opérations de tests de dépistage d'alcool et de drogue auxquels ils seraient soumis. De même, la Commission belge de la protection de la vie privée eut à se prononcer en 2002 sur les pratiques d'enregistrement, par les banques, des conversations téléphoniques avec leurs clients. Trois banques sur cinq y recouraient dans le cadre du 'phone banking' et du 'private banking'. La Commission a observé que de nombreux clients n'étaient pas conscients de ces usages et que les conditions générales mentionnant cette technique n'étaient pas suffisantes : les clients devaient être informés personnellement et explicitement²⁶².

Parallèlement, l'individu qui invoque, devant le juge, la protection de ses droits fondamentaux à l'égard d'une autre personne privée avec laquelle il a conclu un contrat privé doit être capable de prouver qu'il a – dans la mesure du possible – explicitement informé l'autre partie de ses vœux à cet égard. Imaginons, par exemple, les conflits relatifs au respect de la liberté de religion dans le cadre des

²⁶¹ Voy. notamment l'avis du Conseil d'Etat (Belgique) du 16 novembre 2000 sur le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-12/5, p. 7.

²⁶² Recommandation de la Commission de la protection de la vie privée n° 01/2002 du 22 août 2002. Plus récemment, voy. l'avis de la Commission de la protection de la vie privée n° 10/2005 du 15 juin 2005, relatif au projet d'arrêté royal relatif à l'installation et au fonctionnement de caméras de surveillance dans les stades de football. La Commission prévoit que l'information à donner aux personnes doit être préalable, et donc se produire avant leur entrée dans le stade. Ces documents sont disponibles sur <http://www.privacy.fgov.be>.

contrats de travail. La Commission européenne des droits de l'Homme a mentionné que la personne privée qui, se basant sur la liberté de religion, a l'intention de ne pas travailler pendant le jour d'une fête religieuse, doit clairement annoncer ce souhait à son employeur. L'absence du lieu de travail pour un motif religieux, sans avoir préalablement averti l'employeur, n'est pas protégée par l'article 9 de la Convention : la Commission a en effet jugé à plusieurs reprises que l'imposition de contraintes professionnelles incompatibles avec la religion d'un employé étaient conformes à l'article 9 dès lors que ce dernier s'est engagé, volontairement et sans condition, dans le contrat de travail, et qu'il peut librement y mettre fin s'il accorde plus de valeur à la préservation de son expression religieuse qu'au maintien de son emploi²⁶³. Ces décisions ont toutefois fait l'objet de nombreuses critiques et devraient être relues à la lumière de la Directive 2000/78/CE.

Si l'information par l'employé de sa volonté que son droit soit respecté est un critère qui pèsera en sa faveur dans le cadre du test de proportionnalité (voy. *infra*), on ne peut déduire de l'absence d'un tel avertissement qu'une personne aurait implicitement renoncé au respect de son droit fondamental. Affirmer l'inverse signifierait que seule une stipulation expresse entre les parties pourrait permettre à la Convention européenne des droits de l'Homme de s'inscrire dans le champ contractuel²⁶⁴. Or, il serait incongru de

²⁶³ Comm. eur. D.H., req. n° 8160/78, *Ahmad c. Royaume-Uni*, décision mars 1981, 4 E.H.H.R. 128; Comm. eur. D. H., *Konttinen c. Finlande*, décision du 2 décembre 1996, DR, 87-B, p. 68; Comm. eur. D. H., req. n° 29107/95, *Sledman c. Royaume-Uni*, décision du 9 avril 1997, 23 E.H.H.R., p. 168. Voy. sur ces décisions G.S. MORRIS, «Fundamental rights: Exclusion by agreement?», *Ind. L.J.* 2001, pp. 59 et s.; O. DE SCHUTTER, «Reasonable Accommodations and Disability: The Protection of Persons with Disabilities from Discrimination», dans *Equality and G. QUINN*, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 57. Voy. également la décision *Rommelfanger c. Allemagne* où un médecin salarié d'un hôpital catholique est licencié pour avoir exprimé ouvertement son opinion en faveur de l'avortement. La Commission déclare qu'il n'y avait pas d'obligation positive de l'État de faire respecter la liberté d'expression entre particuliers dès lors que le devoir de loyauté de l'employé envers la «tendance» de son employeur figurait dans le contrat (Comm. eur. D.H., req. n° 12242/86, 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*, D.R., 26, p. 151).

²⁶⁴ A l'appui de cette option critiquable, voy. Cass. fr., 18 décembre 2002, *Amar et autres*, obs. J.-P. MARGUENAUD, *R.T.D. civ.*, 2003, p. 383 : «(...) les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à charge du bailleur aucune obligation spécifique». L'avocat général dans cette affaire avait pourtant déclaré que «comme le respect de la vie privée, le respect de la liberté de religion s'impose dans les relations contractuelles, même s'il n'y est pas fait référence dans le contrat». Voy. également Cass. fr. (soc.), 24 mars 1998, *Azad c. Chamsidine M'Ze*, *Bull. civ. V*, n° 171, Dr. soc., 1998, p. 614, où la Cour de cassation française a jugé qu'un employé de boucherie

juger que se trouveraient, par exemple, privés de leur liberté d'expression ou d'association les individus qui n'auraient pas expressément demandé à leur employeur la protection de leurs droits en ces domaines²⁶⁵. D'autant que les candidats à l'embauche ont le droit de se taire au sujet de certains aspects de leur identité dès lors qu'ils relèvent de leur vie privée (obédience religieuse, orientation sexuelle, handicap invisible,...), voire même de mentir (au sujet de l'état de grossesse), sans que cela puisse les priver de la protection qu'exige leur état. Le secret de la vie privée est, en réalité, considéré comme l'ultime rempart contre la discrimination dans le domaine de l'emploi, notamment durant la phase du recrutement; la visibilité des caractéristiques inhérentes à la vie privée du travailleur sera toutefois par la suite rendue nécessaire si celui-ci souhaite que ses différences (de santé, de religion,...) fassent l'objet d'un traitement adapté.

Le *devoir d'information réciproque* se rapprocherait de la clause, dans le contentieux vertical, selon laquelle l'ingérence doit être prévue par la loi, chacun devant avertir l'autre de ses intentions dès lors que l'exercice de leur droit ou de leur intérêt respectif peut porter atteinte à ceux de la partie adverse. L'absence d'information préalable par la personne qui s'ingère dans le droit d'autrui ne conduira toutefois pas directement à la conclusion de la violation du droit atteint; elle constituera une variable significative à prendre en considération dans le test de «proportionnalité privatisée». De son côté, le *respect du devoir d'information* ne suffira à l'évidence pas à justifier l'atteinte portée par la personne privée au droit d'un autre individu : encore faudra-t-il notamment apprécier le but poursuivi par l'ingérence d'un particulier dans le droit d'un tiers, ainsi que la proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif recherché.

musulman, refusant le contact avec la viande de porc à laquelle il risquait d'être dorénavant soumis, ne pouvait se plaindre d'une atteinte à sa liberté de religion dans la mesure où il avait conservé la liberté de démissionner, et que, sauf «clause expresse», les convictions religieuses n'entraient pas dans le cadre du contrat de travail.

²⁶⁵ Par ailleurs, exiger d'un individu qu'il réclame systématiquement ses droits pour en bénéficier aboutirait à instaurer une sorte de «présomption de renonciation» dans le chef du justiciable : or, celle-ci porterait atteinte à la condition selon laquelle toute renonciation doit être exempte d'équivoque. En ce sens, voy. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., p. 642. Sur la renonciation, voy. *infra*, n° 61 et s.

Une personne privée, auteur de l'ingérence, peut poursuivre quatre sortes de buts : celui de l'intérêt général²⁶⁶, son propre intérêt^{267 268} ou son droit fondamental²⁶⁹, ou encore la protection d'un autre particulier (qui peut être le co-contractant lui-même)²⁷⁰. J. Raynaud avance que, conformément à la « perspective humaniste », l'ingérence d'une entité privée dans le droit fondamental d'un tiers est inacceptable si son seul but est l'amélioration de sa productivité²⁷¹. Peut-être devrions-nous nuancer cette optique en affirmant qu'il importe en réalité de toujours appliquer le test de proportionnalité car, en toute vraisemblance, on ne peut, par exemple, attendre d'un employeur qu'il ne restreigne jamais l'exercice de certains droits et libertés fondamentales des employés pour la recherche du profit immédiat dès lors que ce dernier serait nécessaire pour la viabilité de l'entreprise (la réponse à cette question est donc à décliner en fonction de la taille des entreprises, de leur capacité financière, de la nature des droits et libertés en cause²⁷²...).

J.J. Abrantes précise par ailleurs qu'il existe des situations dans lesquelles il n'est *pas raisonnable* d'obliger les individus à se com-

²⁶⁶ La poursuite, par exemple, de la sécurité dans une centrale nucléaire. Voy. Cour eur. D.H., req. n° 46210/99, décision *Wretlund c. Suède* du 9 mars 2004. De même, exclure l'exercice d'une activité politique dans un centre commercial peut vouloir réduire les opportunités de « désordre » (but d'intérêt général) plutôt que d'augmenter et promouvoir le commerce local (but d'intérêt privé). Voy. R.S. KAY, « The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law », *E.H.R.L.R.*, 2005.

²⁶⁷ Tel l'employeur qui tente de justifier une « clause de restriction du libre choix du domicile personnel et familial » des employés par la poursuite de l'intérêt légitime qu'est le bon fonctionnement de l'entreprise. Voy. Cass. fr. (soc.), 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac, D.*, 1999, p. 47. La jurisprudence allemande prévoit qu'un propriétaire peut prohiber l'initiative d'un locataire d'attacher à la façade de la maison louée de grandes plaques de propagande politique, dès lors qu'il démontre que la façade est endommagée et/ou que la plaque provoque des conflits avec des voisins. Voy. BverfG, 15 janvier 1958, *BVerfGE* 7, p. 230.

²⁶⁸ J. Raz distingue ainsi entre le droit et l'intérêt : « to say that a person has a right is to say that an interest of his is sufficient ground for holding another to be subject to a duty to take some action which will serve that interest ». Voy. J. Raz, « Legal Rights », dans *Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics*, USA, Oxford University Press, 1996, p. 268.

²⁶⁹ Tel le journaliste qui invoque ses libertés d'expression et d'information à l'appui de l'atteinte portée au droit à la vie privée d'un particulier.

²⁷⁰ Tel est par exemple le cas de l'employeur qui impose à l'employé de porter un casque pour la santé et la sécurité de sa personne. Voy. Comité, n° 208/1986, *Singh Bhinder c. Canada* du 28 novembre 1989, *CCPR/C/37/D/208/1986*, § 8.2.

²⁷¹ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 228.

²⁷² La discrimination (raciale, sexuelle,...) sur la base d'un motif économique n'est ainsi en aucun cas acceptable. L'objectif de rentabilité doit, dans ces hypothèses, définitivement céder devant l'impératif de justice.

porter d'une façon exclusivement *rationnelle*. L'homme a (aussi) des émotions et des sentiments. Lorsque ce principe est en cause, il convient de procéder à une pondération concrète des valeurs et des intérêts en jeu, en tenant compte de l'éventuelle différence de pouvoir entre les parties (dans le cas des relations de travail par exemple) et à condition que la conduite des individus ne soit pas *déraisonnable*²⁷³. Alors qu'existe souvent une énumération limitative des objectifs légitimes qui pourraient justifier (sauf disproportionnalité) une atteinte au droit d'un particulier par l'État, on assiste ici à une logique inversée : seuls les motifs *manifestement déraisonnables* (car contraires à la loi) peuvent être recensés. En leur présence, le droit fondamental sera jugé violé. Dans tous les autres cas, le but poursuivi constituera une variable du test de proportionnalité.

Les principes appliqués dans le *test de proportionnalité* doivent être considérés comme des normes de comportement des acteurs privés. L'atteinte portée au droit d'un tiers était-elle nécessaire pour atteindre l'objectif acceptable poursuivi ? Plusieurs critères seront pris en compte, en amont, pour déterminer les modalités d'exercice du test. D'abord, l'attention du juge se portera sur le respect du « devoir » réciproque d'information. Le fait qu'un individu ait été informé que son droit allait faire l'objet d'une restriction et qu'il semble y avoir consenti ne suffira toutefois pas à passer le test : le contrôle de proportionnalité devra permettre de vérifier qu'un juste équilibre est ménagé « entre l'objectif poursuivi par les ingérences consenties et les restrictions subies par le sujet consentant, le consentement constituant à cet égard un élément d'appréciation parmi d'autres »²⁷⁴.

Comme élaboré précédemment, le domaine d'application du droit fondamental influencera l'intensité du test de proportionnalité. L'exigence de respect des droits d'autrui sera en effet modulée selon la « nature de l'agir » de l'auteur de l'atteinte (est-on en présence d'une entité privée œuvrant en monopole ou d'un particulier agissant dans la sphère intime ?). Plus l'acteur privé « s'apparente » à une autorité publique, moins le juge devra être indulgent quant aux motifs invoqués à l'appui de l'ingérence : lorsque le mimétisme entre

²⁷³ J.J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Frankfurt/Main 2000, p. 75.

²⁷⁴ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., pp. 643-644.

les entités est maximal, seule l'invocation de l'intérêt général sera admissible.

En toute logique, le poids de l'ingérence dans le droit fondamental sera également influent : est-ce une ingérence sérieuse, ou plus limitée mais dans un des principes de base de la Convention ? Ce sont surtout des principes clarifiés par la jurisprudence nationale ou par la Cour européenne des droits de l'Homme qui peuvent être invoqués par les particuliers²⁷⁵. Les principes vagues et généraux qui, en soi, forment la base de certains domaines du droit, tels, par exemple, la dignité humaine ou la liberté contractuelle en droit civil sont peu aptes à fournir un résultat prévisible au juge et, encore moins, aux justiciables²⁷⁶.

A travers ce cadre théorique, le juge national devra rechercher une juste pondération des intérêts en présence, par la mise en balance du droit fondamental prétendument violé avec les droits et intérêts de la partie suspectée de violation²⁷⁷. Ni la Constitution belge, ni les traités internationaux n'établissent une hiérarchie des droits fondamentaux qui se heurte d'ailleurs à l'idée d'indivisibilité de ceux-ci ; il n'appartient en conséquence pas non plus au législateur national de donner la priorité à un droit sur un autre²⁷⁸. La collision des droits fondamentaux demeure toutefois l'un des sujets les plus difficiles de la théorie du droit ; elle sera traitée *in concreto* par le juge, suivant une méthode casuistique, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de

²⁷⁵ Voy. *supra* (n° 8), la décision relative à l'antenne parabolique, qui suit les indices déduits de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁷⁶ Voy. toutefois les décisions suivantes : Bundesverfassungsgericht, 7 février 1990, *Handelsvertreter*, NJW, 1990, p. 1469 ; Bundesverfassungsgericht, 19 octobre 1993, *BVerfGE* 89, p. 214, NJW 1994, p. 36. Dans ces arrêts, la Cour allemande utilise « la liberté professionnelle » et « la dignité humaine » en tant que droits de l'homme aptes à modifier les conditions du contrat. Ces arrêts font néanmoins l'objet de nombreuses critiques. Pour plus de précision sur cette technique, voy. O. CHEREDNYCHENKO, « The constitutionalisation of contract law : Something New under the Sun ? », *E.J.C.L.*, 2004, vol. 8.1.

²⁷⁷ Ainsi, par exemple, une dame âgée qui refuse de louer à une famille nombreuse l'étage d'un immeuble dans lequel elle habite également : un conflit émerge entre le droit à la vie privée de la première, et le droit de ne pas être discriminé de la seconde.

²⁷⁸ I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 122 ; J. VELAERS et J. VRIELINCK (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003 (et spécialement l'étude de J. VELAERS, « De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten », pp. 327 et s.). Voy. également P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 522 et s. L'auteur indique que toute tentative de hiérarchisation entre les droits fondamentaux est vouée à l'échec dès lors que de nombreuses divergences à ce sujet existent au sein de la doctrine, et qu'aucun indice décisif ne serait livré par la Cour européenne des droits de l'Homme dans sa jurisprudence.

l'Homme²⁷⁹. En Allemagne, on qualifie le procédé utilisé de « concordance pratique » : cette méthode signifiant, que lorsque deux droits fondamentaux entrent en conflit, ils se devront des concessions réciproques. Bien que les « principes de base » et les droits fondamentaux indérogeables jouent un rôle d'importance dans le processus d'horizontalisation judiciaire, il faut souligner ici qu'il n'existe pas de « noyau dur » parmi les droits qui devrait demeurer intact avant que s'exerce le test de proportionnalité²⁸⁰ : aucun droit ne peut repousser d'emblée l'autre droit ou, au contraire, se sacrifier entièrement à son profit²⁸¹. En revanche, les restrictions apportées à chaque droit ne pourront porter atteinte au contenu essentiel de ceux-ci²⁸². Le juge cherchera à atteindre une sorte d'« optimum parétien », le point d'équilibre qui préserve le plus largement possible les droits des uns et des autres.

Les critères énumérés qui conditionnent les modalités d'application du test de proportionnalité privatisée guideront le juge national pour qu'il n'outrepasse pas les exigences découlant de son obligation positive de faire respecter tel ou tel droit garanti dans les relations entre particuliers : à l'instar du législateur, il devra veiller concomitamment à ce que ses jugements soient compatibles avec l'intérêt général. J.-P. Marguénaud et J. Mouly déclarèrent ainsi « qu'il revient (...) aux juridictions internes saisies du litige de faire cette pesée en évaluant les difficultés matérielles, juridiques ou budgétaires qu'il y aurait pour l'Etat à faire respecter le droit litigieux

²⁷⁹ Dans l'arrêt *Mikulić c. Croatie*, la Cour a ainsi identifié deux intérêts particuliers, directement opposés bien que fondés sur la même disposition : celui de l'enfant de recevoir les informations nécessaires à la découverte de la vérité sur un aspect important de son identité, face à l'intérêt du père de ne pas être contraint à des examens médicaux à cet effet, les deux intérêts étant respectivement protégés par l'article 8 de la C.E.D.H. L'intérêt de l'enfant l'a emporté. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Mikulić c. Croatie* du 7 février 2002, *R.T.D. Civ.*, 2002, p. 866, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée ». De même, l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* opposait, sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., deux droits concurrents : le droit de la requérante à donner naissance à un enfant à partir d'un embryon congelé et le droit de son ex-compagnon à ne pas procréer. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006.

²⁸⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 362.

²⁸¹ R. HEB, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 40 ; F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, p. 53 ; J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 134 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 362 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'Homme », *op. cit.*, pp. 379-388.

²⁸² J. J. ABRANTES, *op. cit.*, pp. 118 et s.

par les particuliers entre eux et en tenant le plus grand compte de la jurisprudence de Strasbourg susceptible d'avoir été déjà instaurée sur le point discuté²⁸³. En évaluant tous ces critères, le juge national, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme, devra toujours essayer de ne pas entraîner de trop graves bouleversements pour la société dans son ensemble. Un dernier exemple illustre parfaitement cet impératif. En 2002, la Cour de cassation française eut à décider si les occupants juifs d'un immeuble pouvaient, au nom de leur droit à la liberté de religion, imposer au propriétaire la pose de serrures manuelles, l'usage de l'énergie électrique (via l'installation d'un digicode) leur étant interdit lors du shabbat et des fêtes religieuses. Une simple balance des droits et intérêts concurrents aurait probablement donné raison aux locataires; toutefois, la mise en perspective de ces derniers avec l'intérêt général demande de revoir l'équilibre trouvé tant l'exigence de satisfaire à tous les particularismes religieux risquerait d'être définitivement trop «coûteuse»²⁸⁴.

2. – Quelques considérations à propos de la renonciation

La question de savoir si la «victime» avait été informée de l'ingérence dans son droit fondamental permettra à la juridiction saisie de vérifier, parmi d'autres indices, si elle y avait donné, le cas échéant, son consentement «éclairé». Tout consentement tacite à une restriction au droit ne vaut pas renonciation (abandon volontaire, délibéré, de l'exercice d'un droit) mais, si les autres éléments nécessaires à la constitution de celle-ci sont réunis, il peut y conduire. Il faudra alors évaluer l'incidence de cette renonciation sur l'exécution de l'accord: ayant renoncé à un droit fondamental au moment de la conclusion d'un accord, le particulier pourra-t-il par

²⁸³ J. MOULY et J.-P. MARGUENAUD, «Les clauses relatives au domicile du salarié: du bon usage du principe européen de proportionnalité», *D.*, 1999, p. 647. Nous ne suivons toutefois pas les auteurs dans toutes leurs conclusions.

²⁸⁴ Voy. Cass. fr. 18 décembre 2002, *Amar et autres*, *R.J.P.F.* avr. 2003, p. 9, obs. E. GARAUD; *Dr. et procédures* 2003, p. 157, obs. B. VAREILLE; *R.T.D. civ.*, 2003, p. 383. Il faut néanmoins rappeler que la Cour de cassation n'a pas débouté les requérants sur la base de l'argumentation sus-développée, ce qui lui valut les critiques de certains auteurs (voy. note infrapaginale n° 264). Voy. également J. MOULY en J.-P. MARGUENAUD, «L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la C.E.D.H.: vie privée du salarié et principe de proportionnalité», *D.*, 2005, p. 38.

la suite réviser sa volonté et exiger le respect de son droit auprès du juge?

Il importe, préliminairement, de rappeler certains principes. Chaque individu jouit aujourd'hui de la faculté de renoncer, dans ou hors contrat, à l'ensemble de ses droits fondamentaux, sans exception²⁸⁵. La personne privée comme l'Etat – auteur primaire ou dérivé de l'ingérence dans le droit – pourront en conséquence échapper à leur responsabilité dès lors qu'on peut établir avec certitude que le consentement du tiers à la renonciation était valable: pour cela, il doit être éclairé, mais aussi libre et non équivoque²⁸⁶. Ce qui importe, c'est «l'examen individuel des circonstances» dans lesquelles une personne a posé son choix²⁸⁷. La problématique s'est donc déplacée de la question de savoir «à quoi peut-on renoncer?» (validité substantielle) vers celle du «comment peut-on valablement consentir?» (validité formelle).

Ce déplacement fut implicitement rappelé par la Cour européenne des droits de l'Homme, avec une largesse inédite, dans son arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*²⁸⁸. Les requérants en l'espèce imputèrent à l'Etat belge ce qu'on a qualifié précédemment d'«excès d'horizontalisation». Les juridictions étatiques les avaient condamnés pénalement du chef de «coups et blessures volontaires» suite à

²⁸⁵ Selon O. De Schutter, il faut relativiser toute tentative de hiérarchisation des droits qui serait établie par la Cour ou la Commission européenne des droits de l'Homme et qui tendrait à faire croire que certains droits seraient non négociables: «The statements serve an essentially rhetorical function: although the waiver invoked by the State will be scrutinized more closely when the right is fundamental and instituted in the public interest, the waiver of a right thus characterized is not prohibited; and the waiver of the other rights is not permissible under any circumstances». Voy. O. DE SCHUTTER, «Waiver of rights and State paternalism under the European Convention On Human Rights», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, n° 3, 2000, p. 487. Il ressort toutefois de la jurisprudence strasbourgeoise qu'on ne peut renoncer à tous les droits et libertés que dans le respect de certaines limites: en d'autres termes, on ne peut pas renoncer au «noyau dur» d'un droit. On considère en effet que tout droit fondamental protège, au-delà de leur dimension subjective, des «valeurs objectives» qui transcendent la liberté du bénéficiaire immédiat. Voy. F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, «La responsabilité, face cachée des droits de l'homme», dans E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 124 et 132.

²⁸⁶ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., pp. 549 et s.; O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 491. Voy. également: P.-O. LAPORTE, «La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle», *R.J.T.*, 2006, pp. 207-351.

²⁸⁷ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange», dans H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 449 et s. Les auteurs évoquent l'importance d'analyser les conditions matérielles et informationnelles, mais aussi procédurales du choix. Sur ce dernier point, voy. *infra*.

²⁸⁸ Cour eur. D.H., *K.A. et A.D. c. Belgique*, arrêt du 17 février 2005.

des pratiques de sadomasochisme qui les avaient conduits à soumettre l'épouse de l'un d'entre eux à des actes d'une violence extrême. Or, les requérants précisèrent que les faits litigieux avaient eu lieu dans un *endroit privé*, en *cercle privé très restreint et entre adultes consentants*, et qu'ils n'avaient en outre provoqué aucune lésion définitive importante; en d'autres termes, il était selon eux excessif de leur imposer, dans une sphère si intime, le respect du droit à l'intégrité physique et morale d'une personne qui y avait elle-même renoncé. Ils invoquaient par conséquent la violation de l'article 8 de la C.E.D.H., soutenant que les pratiques sanctionnées relevaient de leur vie privée – qui plus est, sexuelle – dans laquelle l'Etat ne pouvait s'ingérer.

La Cour affirma sans détour que «le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des *pratiques sexuelles consenties* qui relèvent du libre arbitre des individus» et qu'«il faut dès lors qu'existent des 'raisons particulièrement graves' pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, §2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité» (§84)²⁸⁹. «Conséquence» de son raisonnement, la limite posée par la Cour au droit consacré «d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible» devint «celle du *respect de la volonté* de la 'victime' de ces pratiques (...)», ce qui implique, ajoute-t-elle, qu'elles «se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas» (§85). *In casu*, c'est parce que la volonté de l'épouse à un moment donné de mettre un terme à l'expérience – qu'elle avait initialement acceptée – ne fut pas respectée, que la Cour estima que l'ingérence critiquée poursuivait un but légitime, à savoir, notamment, la «protection des droits et des libertés d'autrui».

²⁸⁹ La Cour jugea d'abord que «le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle» (§83), en confirmant que «la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps» (§83). Cet enseignement réfère à celui de la Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002. *Recueil* 2002-III, §61. Il constitue un revirement par rapport à la position de la Cour eur. D.H. dans son arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, dans laquelle elle affirmait, au regard du «niveau de dommage», et de la «gravité certaine des lésions et blessures», «que l'un des rôles incontestablement dévolus à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que les actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien» (§43).

Parmi les divers enseignements qu'on peut puiser dans cet arrêt²⁹⁰, nous en retiendrons un, particulièrement significatif pour notre question (n° 61) : la Cour semble suggérer l'importance, dans certaines circonstances, de la réactualisation par le «renonçant» de son consentement. En effet, seule la dimension temporelle permet parfois de s'assurer du caractère authentiquement «libre et éclairé» de la renonciation²⁹¹. Ainsi, renoncer à un droit qui porte lourdement atteinte à l'intégrité physique et morale est si «suspect» que seule la réitération «en contexte» de cette renonciation permettrait de veiller à ce que la validité du consentement exprimé : hors des circonstances concrètes, une personne peut difficilement anticiper la privation qui s'ensuivrait. On a rappelé précédemment que les droits de l'Homme avaient pour vocation de protéger la partie faible. Il faudra par conséquent éviter que la faculté de renoncer libéralisée à l'extrême ne reconduise à «la domination des forts sur les faibles qui sont toujours ceux qui consentent», le consentement apparent présentant trop souvent une part d'aliénation²⁹².

De la même façon, on peut douter du caractère «libre» de la renonciation à un droit fondamental lorsqu'elle est formulée par une personne, en *situation de besoin*, au moment de la conclusion de son contrat (un contrat de travail, par exemple). La solution allemande pourrait constituer ici une source d'inspiration : elle prévoit qu'en cas de «*Gestörte Vertragsparität*» ou d'inégalité substantielle entre les différentes parties, les droits de l'Homme à travers le test de la

²⁹⁰ De par sa formulation lapidaire, cet arrêt jette le doute sur la question de savoir si le maintien du consentement de l'épouse aux mauvais traitements aurait pu mener à la condamnation de la Belgique pour intervention pénale excessive. Il faudrait en déduire alors la consécration nouvelle d'un véritable «droit à renoncer» (de la jurisprudence antérieure à cet arrêt, on ne pouvait déceler qu'un «privilège» à renoncer et non un «droit», voy. O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 495) qui non seulement excuserait les violations, mais également permettrait à l'individu qui consent à subir ces traitements particuliers et à ceux qui en sont les auteurs, de reprocher à l'Etat son «paternalisme» dès lors que le «droit à la renonciation» ne serait pas respecté. Il serait pourtant regrettable que le «droit à l'autodétermination» (dédit par la Cour du droit au respect de la vie privée) puisse conduire les individus à accepter d'être torturés ou soumis à l'esclavage par d'autres, sans que l'Etat ne puisse intervenir d'aucune façon. Dans le même sens, voy. la position de M. Fabre-Magnan selon laquelle les droits de l'homme risquent de se pervertir s'ils sont utilisés non pour faire sanctionner leur violation, mais au contraire pour la justifier. Voy. M. FABRE-MAGNAN, «Le sadisme n'est pas un droit de l'homme», *Rec. Dalloz*, 2005, n° 43, pp. 2973 à 2981.

²⁹¹ Dans le même sens, voy. O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange», *op. cit.*, pp. 449 et s.

²⁹² Voy. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 2977. Dans le même sens : A. SUIOT, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, 2005, p. 79.

«proportionnalité privatisée» pourront éclairer le juge sur la nécessité ou non d'annuler le contrat ou la clause litigieuse²⁹³, que la partie faible ait ou non renoncé au bénéfice de son droit fondamental au moment de la formation de l'accord. La révocation de la renonciation, pourtant formulée contractuellement, serait par conséquent admissible. Ce qui ne signifie pas une faculté générale, en tout état de cause, de rétractation d'un engagement conventionnel, puisque celle-ci mettrait à mal la sécurité juridique^{294 295}. Le contrat incluant la renonciation ne pourra être revu que lorsque, au regard des circonstances concrètes, il apparaît que le renonçant était dans un état de nécessité. Dans l'affaire *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé «qu'on ne saurait considérer qu'une personne a renoncé à son droit d'association négatif dans une situation où, sachant que l'appartenance à un syndicat est une condition préalable pour s'assurer un emploi, elle accepte un emploi malgré son hostilité à la condition imposée» (§56). Elle ajouta que le fait que les requérants aient accepté l'appartenance au syndicat comme une condition de travail parmi d'autres ne modifie pas notablement l'élément de contrainte : «s'ils avaient refusé, ils n'auraient pas été recrutés» (§59). A cet égard, la Cour admet «que les personnes qui postulent à un emploi sont souvent dans une situation de vulnérabilité qui les amène à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées» (§59)²⁹⁶. La possibilité ou non qu'avait le (candidat) travailleur d'obtenir un

²⁹³ Bundesverfassungsgericht, 19 octobre 1993, *BverfGE*, 89, p. 214; *N.J.W.*, 1994, p. 36. Voy. aussi H. NIEBEN, *Die Wirkung der Grundrechte in Deutschen und Italienischen Privatrecht. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2005, p. 34.

²⁹⁴ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., p. 644.

²⁹⁵ Au regard de son argumentaire, la faculté de révoquer une renonciation a toutefois été très largement consacrée dans la décision suivante : Trib. trav. Brugge (3^{ème} ch.), 13 décembre 1993, *Chron. dr. soc.*, 1994, pp. 79-80. La juridiction était appelée à statuer sur la licéité d'une clause contractuelle imposant à un travailleur de résider dans l'arrondissement de son lieu de travail. Estimant que le droit fondamental au libre choix de sa résidence (article 2 du 4^{ème} Protocole additionnel) devait toujours l'emporter sur les intérêts de l'employeur, le juge saisi s'est prononcé en faveur de la révocation de la renonciation opérée par le travailleur, sans même analyser la situation de contrainte dans laquelle celui-ci se serait trouvé au moment de la conclusion du contrat d'embauche.

²⁹⁶ Cour eur. D.H., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 11 janvier 2006 (Gr. Ch.). La Cour eut l'occasion de préciser dans cet arrêt que «l'approche contractuelle du problème, qui tend à donner effet au consentement tel qu'il a été exprimé, ne nous paraît pas pleinement compatible avec l'esprit de la Convention, car les principes du droit civil ne sont pas toujours les meilleurs garants des droits reconnus par ce texte». Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, *Rec. 2002-V*, §48 (dans laquelle la Cour rappelle que la renonciation doit s'exprimer à l'abri de pressions financières).

autre poste n'exigeant pas une renonciation à son droit, sera un élément utile à prendre en considération pour évaluer le degré de liberté de son consentement.

Encore faudra-t-il veiller à empêcher que la renonciation aux droits, accentuée par le processus de leur «privatisation», conduise à leur marchandisation abusive. O. De Schutter remarquait ceci : «the extension of the scope of applicability of the European Convention on Human Rights to the relationship between private parties, inaugurated in the 1981 landmark judgment in the *Young, James and Webster* case, situates the conflict between the logic of fundamental rights and the logic of the market at the centre of the difficulties raised by the application of this instrument»²⁹⁷. Or, ajoutait-il, la logique du marché est favorable à l'admission de la renonciation aux droits fondamentaux, puisqu'elle paraît augmenter la liberté de choix des individus, et donc l'«utilité» des titulaires de droits ; selon la logique des droits fondamentaux au contraire, la possibilité de renoncer peut apparaître comme une menace dans la mesure où, à travers sa «commodification», le droit devient désormais un bien négociable, un objet de propriété dont le titulaire dispose librement dans l'objectif d'obtenir un avantage qui, à ses yeux, a une valeur plus grande.

Plus encore, si on n'y prend garde, les modalités de la renonciation elle-même pourraient être aménagées par les individus pour augmenter, abusivement cette fois, leur profit. Depuis toujours, émerge une quantité importante d'affaires judiciaires protégeant la vie privée des personnalités célèbres contre les incursions intempestives de la presse à sensation²⁹⁸. Ainsi, dernièrement, par l'arrêt *von Hannover c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme condamna l'Allemagne pour ne pas avoir fait respecter l'équilibre entre le respect de la vie privée de Caroline de Monaco d'une part, la liberté d'information et d'expression des journaux coupables d'autre part²⁹⁹. Il faut apprécier la «privatisation du droit à la vie

²⁹⁷ O. DE SCHUTTER, «Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, n°3, 2000, p. 481.

²⁹⁸ Déjà dans une première définition, fin du 19^{ème} siècle, du «droit à la vie privée», Warren et Brandeis évoquaient leur angoisse de la presse et, par conséquent, le besoin d'un droit de «to be let alone». Tout le monde, précise S. Gutwirth, a à l'esprit les atteintes omniprésentes à la vie privée de la «jet-set» des artistes, du sport, ou de la politique... A ce sujet, voy. S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Rathenau Instituut, Den Haag, 1998, p. 16.

²⁹⁹ Voy. Cour eur. D.H., *von Hannover c. Allemagne*, arrêt du 24 juin 2004, req. n°59320/00. Cet arrêt précise, aux §§50 et s., ce qu'il faut entendre par le concept de «vie privée», tout

privée» dès lors que les célébrités qui souhaitent voir leur vie privée protégée poursuivent bien un objectif non commercial («le droit d'être laissé seul»), face au puissant pouvoir économique des mass-médias qui revendiquent la manifestation maximale de leurs propres libertés³⁰⁰. Mais il faut admettre aussi que les personnes concernées exploitent parfois elles-mêmes leur vie personnelle, source non négligeable de revenus³⁰¹. En effet, de par la «privatisation» du droit à la vie privée, l'individu ne se trouve plus face à un débiteur unique de l'obligation de protection (l'Etat), mais face à une myriade (en l'espèce, tous les organes de presse) : il peut ainsi négocier sa vie privée entre tous les acteurs, en acceptant de renoncer à la protection de son droit exclusivement au bénéfice du «tabloïd» le plus offrant. Or, la «privatisation» doit permettre de protéger les personnes qui veulent restreindre l'accès public à leurs activités privées, sans profiter abusivement à celles qui souhaitent renoncer à leur intimité au bénéfice exclusivement d'une seule personne et se la voir protégée à l'égard de toutes les autres³⁰².

L'horizontalisation contribue ainsi à soulever de nouvelles questions en matière de renonciation : lorsqu'un individu renonce à un droit, cette renonciation ne doit-elle pas d'office opérer de façon *multilatérale* ? Plus précisément, quand une personne renonce explicitement à la protection de sa vie privée sur un point précis (les photos d'un mariage, d'une naissance,...), ne devrait-on pas considérer que cette renonciation bénéficie «indivisiblement» à tous les acteurs de même nature (soit tous les journalistes) ?³⁰³ Le juge saisi

en sachant que pour les personnages publics, il faut évidemment distinguer ce qui relève de leur vie privée et ce qui tombe dans le domaine public. La Cour jugea qu'impliquant une protection très limitée de la vie privée et du droit à l'image, une telle qualification (de personnalité «absolue» de l'histoire contemporaine, ndlr) peut se comprendre pour des personnalités de la vie politique occupant des fonctions officielles. Cependant, elle ne saurait se justifier pour une personne «privée» comme la requérante, pour qui l'intérêt du grand public et de la presse est basé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors qu'elle-même ne remplit pas de fonctions officielles. L'arrêt renvoie également à la Recommandation n° 582 du 23 janvier 1970 au Comité des Ministres, concernant les mass médias et les droits de l'homme dans le contexte de la vie privée.

³⁰⁰ Malgré les apparences, il s'agit une fois encore, bien souvent, mais pas toujours, de protéger la partie faible. Dans ce sens, voy. : A. COLOMBI CIACCHI, «Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice», dans K. ZIEGLER, *Human Rights and Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2006, 15 p.

³⁰¹ Voy. notamment S. GUTWIRTH, *op. cit.*

³⁰² Dans un sens parallèle, voy. A. COLOMBI CIACCHI, *op. cit.*

³⁰³ De la même façon, on imagine qu'un juge rejettera probablement la revendication des femmes musulmanes, au nom de leur droit à la liberté religieuse, de se couvrir du voile dans leur entreprise, dès lors qu'il apparaît qu'elles ne le portent jamais en dehors de la sphère professionnelle.

de la violation apparente de la vie privée ne pourra-t-il pas tenir compte du profit engrangé auprès de la seule entité officiellement créditrice de la renonciation (l'organe de presse qui a décroché le «scoop» contre le prix fort), pour refuser la légitimité du versement des dommages et intérêts imputés aux journaux tiers ?³⁰⁴ L'exploration de ces questions est l'un des chemins à suivre si l'on souhaite que les droits de l'Homme demeurent, sans équivoque, un rempart contre le règne sans partage de la loi du marché.

Enfin ajouterons-nous encore que si la faculté de renoncer augmente, d'une certaine manière, la liberté du sujet renonçant, l'usage de cette faculté peut contribuer à restreindre la liberté d'autrui : dans une situation concurrentielle, la renonciation d'une personne à un droit au moment de la conclusion d'un contrat (de travail, de location,...) diminuera incontestablement la liberté des autres candidats de revendiquer la protection de ce droit. Ainsi, on pourra légitimement craindre que le candidat travailleur saisira l'occasion de l'entretien d'embauche pour renoncer librement à son droit fondamental à la vie privée (en dévoilant son impossibilité d'avoir des enfants ou son absence totale de maladie conformément à sa carte génétique) et se placer ainsi en «position utile» comparativement à ceux qui ont désiré conserver leur droit au secret : ce droit fondamental serait ainsi largement hypothéqué par la logique de la compétition³⁰⁵.

³⁰⁴ Ce «signe de cohérence» pourrait être rapproché, par analogie, de celui exigé par le juge allemand de la personne qui invoque sa liberté de religion dans les conflits de conscience. Voy. T. DIETERICH, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 5 éd., Munich, C.H. Beck'sche, 2005, p. 80. La jurisprudence allemande utilise dans les arrêts relatifs aux objecteurs de conscience le concept de «l'acceptation de l'alternative ennuyeuse» (BVerfG 24 avril 1985, *BverfGE*, 69, p. 1) ou celui de «l'acceptation de la conséquence négative», comme une preuve de l'authenticité de l'impératif éthique animant le justiciable, de sa cohérence interne, et du conflit de conscience qui en découle. Ainsi, la capacité à endosser les effets défavorables de l'expression d'une liberté incite le juge à protéger cette dernière. De la même façon, dans notre cas fictif, on pourrait défendre que le juge ne doit accorder les dommages et intérêts au justiciable qui invoque la violation de sa vie privée qu'à condition que ce dernier en accepte «l'effet défavorable» : renoncer au montant promis par le journal jouissant des droits d'exclusivité. Ou, qu'au contraire, ayant déjà perçu les sommes promises par ce dernier, l'individu renonce à réclamer une indemnisation de la part d'autres journaux pour violation de sa vie privée.

³⁰⁵ Voy. à ce sujet O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange», *op. cit.* : les auteurs évoquent la difficulté pour les individus de coordonner leurs actions avec d'autres comme devant être résolue pour satisfaire aux conditions procédurales d'une renonciation valide.

Conclusion

Qu'y a-t-il à l'horizon de l'horizontalité? Faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé à la Convention européenne des droits de l'Homme?

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg témoigne du fait que les droits de l'Homme pénètrent progressivement tous les contextes de vie : celui du monde du travail et, plus largement, de la sphère économique, mais aussi de la vie de famille et de l'activité sexuelle. On a pointé les risques d'un excès d'horizontalisation qui conduirait à une diminution « paradoxale » des libertés, à la *publicisation indésirable de la sphère intime*; il ne faut en aucun cas mépriser l'objection normative selon laquelle la « constitutionnalisation » à outrance des choix individuels détruirait tous les choix individuels.

Mais on a surtout souligné les avantages d'une privatisation contextualisée et nuancée. Afin de protéger la partie faible, il est légitime et nécessaire que les relations sociales de plus en plus biaisées par des logiques de marché soient symétriquement « investies » par des règles juridiques fondamentales. Le libéralisme fragmente la société en groupes sociaux ou économiques aux pouvoirs forts et aux intérêts contradictoires qui exige de l'Etat, pour s'assurer du maintien de certains droits et libertés fondamentaux, de renforcer son rôle d'intervention là où auparavant le citoyen lui demandait de s'abstenir. Les farouches opposants à l'effet horizontal agitent ici le spectre de la *privatisation de la sphère publique* (c'est nous qui qualifions)³⁰⁶ : par exemple, imposer une interdiction de discriminer aux employeurs ou aux propriétaires d'immeubles en location stimulerait ces derniers à rendre clandestines des annonces qui jusqu'alors circulaient librement dans l'espace public. C'est non seulement surestimer l'énergie déployée par les acteurs privés pour satisfaire leurs goûts discriminatoires; c'est aussi sous-estimer le pouvoir de transformation sociale du droit.

Illogique et redoutable serait le défaut de privatisation des droits fondamentaux à l'heure où celle des secteurs publics s'accélère : un dédoublement d'exigence éthique entre « le public » et « le privé » por-

³⁰⁶ Voy. par exemple M. STORME, « Een algemene discriminatiewet vernietigt de burgerlijke maatschappij als open samenleving en leidt onvermijdelijk naar een politiestaat », texte publié sur <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/>. Voy. également, du même auteur, « Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat », *De juristenkrant*, 6 novembre 2002, n° 57, p. 4.

terait atteinte à la cohérence générale du système juridique³⁰⁷. Or la globalisation économique laisse augurer de chantiers de réflexion plus complexes encore. Deux exemples d'actualité en attesteront. Ainsi, en matière d'affichage publicitaire notamment, l'entreprise multinationale américaine CLEAR CHANNEL domine désormais les pays scandinaves, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, et la Belgique³⁰⁸. En Belgique, elle détient le quasi-monopole de gestion des panneaux figurant dans les lieux publics que sont les gares SNCB, les stations STIB, les bus, les trams, ... En ce qu'elle fixe donc librement ses prix d'affichage, la liberté d'expression des artistes aux revenus modestes (et/ou non soutenus par l'entreprise monopolistique) ne sera-elle pas *de facto* menacée? Enfin, le 20 avril 2006, le groupe de BTP espagnol Gruppo Ferrovial lançait une offre publique d'achat hostile sur British Airport Authority, l'entreprise privée qui gère la quasi-totalité des aéroports britanniques autrefois détenus et contrôlés par les autorités publiques. Que penser si demain des intérêts privés étrangers devenaient les actionnaires majoritaires des aéroports, prisons³⁰⁹, hôpitaux ou sociétés de logements privatisés d'un autre Etat; et qu'ils décidaient soudainement de rationaliser leurs investissements sans se préoccuper des besoins locaux? Le respect par ces entités privées du droit international des droits de l'Homme ne contribuerait-il pas à garantir leur bonne gouvernance?

³⁰⁷ J.J. ABRANTES, *op. cit.*, p. 125.

³⁰⁸ Il est par ailleurs très présent voire dominant dans une série d'Etats d'Europe et d'ailleurs.

³⁰⁹ En 1992, le Royaume-Uni s'était doté de sa première prison privée. Voy. A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, *op. cit.*, p. 6.